Ist zur Löschung einer bezahlten Nachlaßhypothek die Zustimmung des vor dem 1. Januar 1900 als Quasipupillarsubstitut Eingesetzten erforderlich?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Kurt Woelck
Gerichtsassessor.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Referent: Professor Dr. Bernhöft.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Literatur V

II. Ausarbeitung:

1. Die Quasipupillarsubstitution 1
2. Der Einfluß des 1. 1. 1900 auf die angeordnete Quasipupillarsubstitution 4

Der Testator ist a) vor dem 1. 1. 1900 9

b) nach dem 1. 1. 1900 gestorben 11

3. Das Grundbuchrecht 13
4. Die Rechtsstellung des Nachgesetzten 17
5. Die Verfügungsgewalt des Vorgesetzten 20
6. Der Nachweis der rechtmäßig erfolgten Verfügung 27

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0166

Literaturverzeichnis.

I. Wissenschaftliche Werke, Materialien der Rechtsquellen.

Achilles - Gebhard - Spahn, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Affolter, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl.
Baron, Pandekten. 9. Aufl.
Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl.
Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. 1. u. 2. Aufl.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.
v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht. 3. Aufl.
Cohn, Die Quasipupillarsubstitution.
Dernburg, Pandekten. 7. Aufl.
Dernburg, Das Pfandrecht.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 2. u. 3. Aufl.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Aufl.
Eichhorn, Das Testament. 4. Aufl.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3.—5. Aufl.
Entwurf einer Grundbuchordnung. Amtliche Ausgabe.
Francke, Das Recht der Noterben.
Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht.
Fuhr-Hoffmann, Zivilistische Versuche.
v. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten.
Große, Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben.
Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich.
Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl.
Hachenburg, Studien zum Erbrecht.
Hagemann, Praktische Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit.
Hahn-Mugdan, Materialien zum Gesetz über die Grundbuchordnung.
v. Hammerstein-Gesmold, Das Fideikommiß auf den Überrest.
v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. 2. Aufl.
v. Keller, Institutionen.
Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl.
v. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.
Mayer, Die Lehre von den Legaten und Fideikommissen.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Meyer, Paul, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Niedner, Das Einführungsgesetz. 2. Aufl.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts. 2. Aufl.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl.
Predari, Die Grundbuchordnung.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl.
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. 5. Aufl.
Roßhirt, Die Lehre von den Vermächtnissen.
Scherer, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Schröder, Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten.
Seuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Recht.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 2. u. 3./4. Aufl.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl.
Türcke-Niedenführ, Das bürgerliche Recht.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.
Vering, Römisches Erbrecht.
Westphal, Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideikommissen.
Wilke, Das Bürgerliche Gesetzbuch.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl.

II. Zeitschriften.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. (zit.: Sächs. OLG.)
Archiv für bürgerliches Recht. (zit.: Arch. f. bürgerl. R.)
Archiv für die zivilistische Praxis. (zit.: Arch. f. ziv. Prax.)
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (zit.: Seuff. A.)
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. (zit.: Gruchots Beitr.)
J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. (zit.: Seufferts Bl.)
Deutsche Juristenzeitung. (zit.: DJZ.)
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamte. (zit.: RJA.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RGZ.)
Hanseatische Gerichtszeitung. (zit.: Hans. GZ.)
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (zit.: KGJ.)
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern. (zit.: Pos. JMSchr.)
Juristische Wochenschrift. (zit.: JurW.)
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. (zit.: Recht.)
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (zit.: OLGRspr.)
Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen. (zit.: BayObLGZ.)
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. (zit.: DNV.)
Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg. (zit.: Württemb. Z.)
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. (zit.: ZBlFG.)

Die Quasipupillarsubstitution, die auch substitutio exemplaris oder Iustinianea genannt wird, hat ihre gesetzliche Regelung durch l. 9 C. de impuberum et de aliis substitutionibus 6, 26 und durch § 1 I. de pupillari substitutione 2, 16 erhalten. Während die letztere Stelle bereits von einer im Kodex geregelten Substitution spricht,[1]) sind in der ersteren die Voraussetzungen, unter denen diese Substitution angeordnet werden darf, genau aufgezählt: Ein Aszendent kann seinem geisteskranken Deszendenten für den Fall „substituieren", daß der Deszendent in der Geisteskrankheit sterben sollte.[2]) Der Substitutus ist zunächst aus den geistesgesunden Deszendenten des Geisteskranken,[3]) in Ermanglung solcher aus den geistesgesunden Deszendenten des Testators[4]) zu wählen. Erst wenn auch diese nicht vorhanden sind, ist der Testator in der Auswahl des Substitutus unbeschränkt.[5]) Der Testator muß ferner dem Deszendenten den Pflichtteil hinterlassen[6]) und auch gleichzeitig sich selbst ein Testament errichten.[7])

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so liegt eine Quasipupillarsubstitution vor. Was ist nun aber diese Quasipupillarsubstitution? Ist sie überhaupt eine substitutio quasi pupillaris, also eine der Pupillarsubstitution analoge Substitution oder nur,

---

[1]) . . . etiam constitutionem in nostro posuimus codice . . .

[2]) . . . parentibus indulgemus, ut si filium vel nepotem . . . habeant . . ., iste tamen filius vel . . . nepos . . . mente captus sit, . . . liceat isdem parentibus . . . his substituere . . .

[3]) . . . si filii aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti ani . . . testatur alios anam ex eo descendentes . . . substituere.

[4]) Sin vero etiam alii liberi testatori sint sapientes, ex his vero personis quae mente captae nullus descendat, ad fratres eorum unum . . . eandem fieri substitutionem oportet.

[5]) . . . quos voluerint . . .

[6]) . . . legitima portione ei . . . relicta . . .

[7]) . . . ut occasione hujusmodi substitutionis . . . nulla querela contra testamentum eorum oriatur. So auch Windscheid-Kipp, Lehrb. Anm. 5 zu § 560; Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 3 ff.; Brinz, Pand. Bd. 3 S. 93 f.; Vering, Römisches Erbrecht S. 358; Sintenis, Zivilrecht S. 441 zu 2; Koeppen, Lehrb. S. 543 zu III; Cohn, Quasipupillarsubstitution S. 24; a. A. Dernburg, Pand. § 90; v. Lõhr in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 5 S. 112 f.

wie Puchta,[1]) Unterholzner,[2]) v. Löhr,[3]) Vangerow,[4]) Baron[5]) u. a. meinen, ein Fideikommiß, eine substitutio fideicommissaria sive precaria?

Die Entscheidung der Frage, ob eine quasi pupillaris substitutio oder eine substitutio fideicommissaria vorliegt, ist wichtig, da die Pupillarsubstitution eine Erbeseinsetzung ist, bei der der Vater seinem unmündigen Hauskinde für den Fall, daß es in den Jahren der Unmündigkeit sterben sollte, einen Erben ernennt,[6]) während die fideikommissarische Substitution nur die Anordnung eines Vermächtnisses ist, durch das einem Eingesetzten die Auflage gemacht wird, die ihm zugewendete Erbschaft ganz oder teilweise einem Dritten herauszugeben.[7])

Die Ansicht, die Quasipupillarsubstitution sei nur ein Fideikommiß, erscheint nicht zutreffend. Einmal spricht gegen diese Ansicht die ausdrückliche Verweisung der Institutionen auf die Pupillarsubstitution. In I. 2, 16 wird zunächst gesagt, die Pupillarsubstitution habe ihren Grund darin, daß der Unmündige nicht selbst testieren könne. Dann heißt es in § 1: Qua ratione excitati etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut si mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes . . ., liceat eis ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere . . . Derselbe Grund, der zur gesetzlichen Regelung der Pupillarsubstitution geführt hat, hat also die Veranlassung zur Entstehung der l. 9 C. 6, 26 gegeben, so daß geisteskranken Deszendenten nach Analogie der Pupillarsubstitution gewisse Personen „substituiert" werden dürfen.

Ferner spricht gegen die Annahme eines Fideikommisses das sowohl in § 1 I. 2, 16 als auch in l. 9 C. 6, 26 gebrauchte Wort „substituere". Schon Thibaut,[8]) Francke[9]) und Mühlenbruch[10]) weisen mit Recht darauf hin, daß das den Eltern er-

---

[1]) Pand. S. 687 f. und Vorlesungen Bd. 2 S. 384.
[2]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 2 S. 55 ff.
[3]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 5 S. 106 ff.
[4]) Pand. S. 705.
[5]) Pand. Bd. 2 S. 192.
[6]) pr. I. 2, 16: Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus substituere potest, id est ut, si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres, sed eo amplius ut et, si heredes ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit ei aliquis heres . . .
[7]) § 9 l. c.: Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres extiterit it intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere . . .
[8]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 5 S. 342 und Bd. 10 S. 222.
[9]) Recht der Noterben S. 464.
[10]) Glück, Pand. Bd. 41 S. 18.

laubte „substituere liberis“ der technische Ausdruck für die Erbesernennung ist.

Ausschlaggebend dürfte aber für die Auffassung der Quasipupillarsubstitution als einer der Pupillarsubstitution nachgebildeten Substitution die Entwicklung des römischen Rechts sein. Während die Quasipupillarsubstitution eine Schöpfung Justinians aus dem Jahre 528 ist, stammt die Pupillarsubstitution aus einer viel früheren Zeit. Sie ist aus dem Gewohnheitsrecht hervorgegangen und hat ihren Hauptgrund gehabt in dem damals allgemein anerkannten Bedürfnisse, das Leben des unmündigen Kindes zu schützen.[1]) Da dieses kein Testament errichten konnte,[2]) war es nämlich nicht möglich, geheim zu halten, wer sein Erbe wurde, so daß seine persönliche Sicherheit durch habsüchtige und gewissenlose Verwandte sehr oft gefährdet erschien. Dagegen ließ sich der künftige Erbe leicht geheimhalten, wenn der Vater ihn in einem verschlossenen Testament ernannte. So entstand die Pupillarsubstitution. Dieselben Gründe — die Unfähigkeit des Geisteskranken, ein Testament zu errichten,[2]) und das Bedürfnis, seinen künftigen Erben geheimzuhalten — haben zur Entstehung der Quasipupillarsubstitution geführt.[3]) Zunächst half man sich dadurch, daß dem Vater in jedem einzelnen Falle durch ein besonderes Privileg des Kaisers[4]) das Recht verliehen wurde, seinem geisteskranken Kind ein Testament zu errichten. Erst Justinian hat dieses Institut in seiner l. 9 C. de impuberum et de aliis substitutionibus 6, 26 gesetzlich geregelt. Wenn Justinian nun auch die früher allein dem Vater zustehende Befugnis zu substituieren auf alle Aszendenten ausgedehnt hat, so spricht doch die ganze Entstehungsgeschichte dafür, daß auch durch dieses Gesetz die Geisteskranken in ihrer persönlichen Sicherheit geschützt und zu diesem Zwecke den Aszendenten das Recht gegeben werden sollte, den Geisteskranken einen Erben zu ernennen.

Mit dem gewonnenen Ergebnisse, daß es sich bei der Quasipupillarsubstitution, ähnlich wie bei der Pupillarsubstitution, um die Einsetzung eines Erben für den Geisteskranken handelt, stimmt denn auch die Ansicht der bei weitem überwiegenden Anzahl der Schriftsteller überein. So haben sich hierfür u. a.

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. § 89; Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 264 f.; Thibaut a. a. O. Bd. 10 S. 218 f.

[2]) § 1 I. 2, 12: . . . testamentum facere non possunt impuberes quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente caperent.

[3]) So auch Mühlenbruch a. a. O. S. 477; Thibaut a. a. O. S. 220 f.

[4]) beneficium Principis: l. 43 pr. D. 28, 6.

ausgesprochen Windscheid-Kipp,[1]) Dernburg,[2]) Brinz,[3]) Sintenis,[4]) Holzschuher,[5]) Rudorff,[6]) Mühlenbruch,[7]) Francke,[8]) Koeppen,[9]) Cohn.[10])

Die Quasipupillarsubstitution ist vorliegend vor dem 1.1.1900 angeordnet. Es fragt sich daher, ob und wie sie durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1. 1. 1900 (Art. 1 EG. z. BGB.) beeinflußt worden ist.

Nach Art. 213 EG. z. BGB. bleiben für die erbrechtlichen Verhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist. Wer ist der Erblasser im Sinne dieses Artikels? Weder das Einführungsgesetz noch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst gibt eine Definition dieses Begriffes. Man wird jedoch gemäß § 1922 BGB.[11]) als Erblasser den Verstorbenen, dessen Vermögen (Nachlaß) „als Ganzes auf eine oder mehrere Personen" übergeht, bezeichnen können.[12]) Bei der Quasipupillarsubstitution ist also Erblasser der Geisteskranke, denn sein Nachlaß geht auf den von dem Aszendenten ernannten Erben über. Da nun der Geisteskranke vorliegend noch lebt, kann die vor dem 1. 1. 1900 angeordnete Quasipupillarsubstitution auf Grund des Art. 213 EG. z. BGB. nicht aufrechterhalten werden. Dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst ist aber eine Quasipupillarsubstitution unbekannt, da der Erblasser nach § 2064 BGB. ein Testament nur persönlich errichten kann und deshalb ein geisteskrankes Kind, das erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches stirbt, nicht mehr aus dem Testament eines anderen beerbt werden kann.[13])

Diesem Ergebnisse steht auch Art. 214 EG. z. BGB. nicht entgegen:

---

[1]) a. a. O. § 560.
[2]) a. a. O. § 90.
[3]) Pand. Bd. 3 S. 94 Anm. 10 zu § 375.
[4]) Zivilrecht § 176 Anm. 1.
[5]) Theorie und Kasuistik Bd. 2 S. 695 zu 4.
[6]) Puchta, Vorlesungen Bd. 2 S. 384 Anm. 4.
[7]) a. a. O. Bd. 41 S. 18 ff.
[8]) a. a. O. S. 463 ff.
[9]) a. a. O. S. 451 ff.
[10]) a. a. O. S. 13 ff.
[11]) „Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über."
[12]) So auch Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 14.
[13]) So auch Habicht, Die Einwirkung des BGB. S. 732 f.; Dernburg, BGB. Bd. 5 S. 157 Anm. 4; Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen S. 303 f.; Planck Bem. 2 zu § 2064; Staudinger Bem. 4 zu § 2064; vgl. auch Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 5 S. 132 f. und Entsch. d. KG. in OLGRspr. Bd. 6 S. 318 f.

„Die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgte Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen wird nach den bisherigen Gesetzen beurteilt, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs stirbt".

Anderer Ansicht ist zwar Affolter.[1]) Dieser schließt aus dem Art. 214, daß die im Gebiete des gemeinen Rechts angeordneten Pupillar- und Quasipupillarsubstitutionen selbst dann noch heute gültig seien, wenn der Unmündige oder der Geisteskranke erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben sei. Affolter geht bei der Begründung seiner Ansicht von der an sich zutreffenden Voraussetzung aus, daß wenn das alte Recht, abweichend von § 2064 BGB., bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen die Stellvertretung zugelassen hat, die derart unter dem alten Recht errichtete Verfügung auf Grund des Art. 214 EG. z. BGB. auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre bisherige Gültigkeit behält.[2]) Seine Schlußfolgerung aber, daß deshalb auch die im Gebiete des gemeinen Rechts angeordneten Pupillar- und Quasipupillarsubstitutionen noch heute gültig seien, erscheint nicht zutreffend. Vorausgesetzt wird hierbei, daß der Testator bei der Pupillar- und der Quasipupillarsubstitution als Stellvertreter des Unmündigen bezw. des Geisteskranken handelt. Eine derartige Stellvertretung kann aber weder bei der Pupillarnoch bei der Quasipupillarsubstitution angenommen werden. Die Pupillarsubstitution zunächst ist ein Ausfluß der väterlichen Gewalt.[3]) Kraft eigenen Rechts, nicht als Vertreter des Kindes ernennt der Gewalthaber den Erben.[4]) Hierfür sprechen einmal die in den Digesten an verschiedenen Stellen (l. 1 § 1 D. 28, 6; l. 8 § 1 D. 37, 11) gebrauchten Worte „mihi heres esto". Diese Worte ergeben, daß der Testator den Erben kraft des ihm im Gesetze verliehenen Rechts ernennt. Entscheidend dürfte aber für die hier vertretene Ansicht sein, daß die Pupillarsubstitution ohne weiteres ihre Gültigkeit verliert, wenn das unmündige Kind das Alter der Mündigkeit erreicht.[5]) Würde es sich tatsächlich um eine Stellvertretung handeln, so würde die Pupillarsubstitution

---

[1]) System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts S. 334.

[2]) So auch Habicht a. a. O. S. 782 Anm. 2; Planck Bem. 2c zu Art. 214 und Entsch. d. KG. in OLGRspr. Bd. 6 S. 318f.

[3]) vgl. Holzschuher a. a. O. S. 684 zu 2; Sintenis a. a. O. § 175; Arndt, Lehrb. § 497.

[4]) So auch Dernburg, Pand. Bd. 3 § 89; ebenso Entsch. d. KG. a. a. O. und des OLG. Stuttgart v. 30. 6. 1906 in Württemb. Z. 1906 S. 267f.

[5]) l. 14 D. 28, 6: In pupillari substitutione licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate.

erst dadurch ihre Wirksamkeit verlieren, daß das mündig gewordene Kind sie aufhebt.[1])

Dasselbe gilt von der Quasipupillarsubstitution. Zwar stützt sie sich seit der l. 9 C. 6, 28 nicht mehr auf die väterliche Gewalt, wohl aber auf ein ähnliches Verhältnis: auf das unmittelbare Verhältnis des Aszendenten zu dem geisteskranken Kinde.[2]) Auch sie verliert von selbst ihre Gültigkeit, wenn der geisteskranke Deszendent zu Verstande kommt.[3])

Somit ist auch auf Grund des Art. 214 EG. z. BGB. eine vor dem 1. 1. 1900 angeordnete Quasipupillarsubstitution nicht aufrechterhalten. Sie hat vielmehr beim Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre Wirkung verloren. Dies nehmen u. a. auch Dernburg,[4]) Habicht,[5]) Niedner,[6]) Planck[7]) und Staudinger[8]) an. Ferner haben sich hierfür das Kammergericht,[9]) das Oberlandesgericht Stuttgart[10]) und das bayerische Oberste Landesgericht[11]) ausgesprochen. Das Oberlandesgericht Dresden hat zwar die unter dem Rechte des sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs errichtete Quasipupillarsubstitution auch für jetzt noch gültig erklärt, aber nur weil nach dem sächsischen Recht die Eltern in Stellvertretung des Kindes handeln.[12])

Die vor dem 1. 1. 1900 angeordnete Quasipupillarsubstitution hat demnach als solche ihre Wirksamkeit verloren. Zu untersuchen ist aber, ob die Einsetzung eines Erben für den Geisteskranken nicht in anderer Weise aufrechterhalten werden kann, so daß auch als Erblasser des dem Geisteskranken Nachgesetzten der Aszendent erscheint. Hierzu ist zunächst festzustellen, nach welchem Recht der Inhalt und die Wirkung der die Erbeseinsetzung enthaltenden letztwilligen Verfügung des Aszendenten zu beurteilen ist.

Art. 213 EG. z. BGB. bestimmt nur, daß für die erbrechtlichen Verhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ge-

---

[1]) vgl. Planck a. a. O. Bem. 2 d.
[2]) So auch Vering a. a. O. S. 357; Sintenis a. a. O. S. 440; Koeppen a. a. O. S. 542.
[3]) l. 9 C. 6, 26: . . . si postea resipuerit . . . talis substitutio cessat.
[4]) BGB. Bd. 5 S. 17 Anm. 14 und S. 157 Anm. 4.
[5]) a. a. O. S. 732 ff.
[6]) a. a. O. Bem. 3 c zu Art. 213.
[7]) a. a. O. Bem. 2 d.
[8]) a. a. O. Bem. 4 zu § 2064.
[9]) Entsch. v. 2. 3. 1903 a. a. O.
[10]) Entsch. v. 30. 6. 1906 a. a. O.
[11]) Entsch. v. 29. 5. 1903 in BayObLGZ. Bd. 4 S. 394 ff.
[12]) Entsch. v. 28. 12. 1904 in Sächs. OLG. Bd. 26 S. 242 ff.

storben ist. Welches Recht zur Anwendung kommt, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist, wird also nicht gesagt. Dagegen enthielt Art. 129 des 1. Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuchs die ausdrückliche Bestimmung, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die erbrechtlichen Verhältnisse maßgebend seien, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben sei. Die diesbezüglichen Worte sind zwar von der 2. Kommission gestrichen. Der Grund, warum dies geschehen, ist aus den Protokollen nicht ersichtlich. Man wird jedoch nicht fehlgehen, wenn man den Grund darin sucht, daß diese Bestimmung als selbstverständlich angesehen worden ist.[1]) Dies ergeben auch die Art. 214, 215, 217 EG. z. BGB., in denen die Ausnahmen aufgezählt sind, wann die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben sollen, obgleich der Tod des Erblassers nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt ist. Im übrigen folgt auch aus Art. 55 EG. z. BGB.,[2]) der auch für die Übergangszeit maßgebend ist, soweit nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst oder in den Übergangsvorschriften des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 153 ff.) etwas anderes bestimmt ist,[3]) daß die bisherigen Gesetze keine Anwendung finden, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist. Es kann daher für diesen Fall bezüglich der erbrechtlichen Verhältnisse nur das zur Zeit des Todes des Erblassers geltende Recht in Betracht kommen.

Was ist nun unter dem Begriff „erbrechtliche Verhältnisse“ zu verstehen? Hierüber geben die Motive zu dem 1. Entw. eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch Auskunft. Es heißt dort[4]): „Ist der Anfall und Erwerb einer Erbschaft vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingetreten, so bestimmt die Rechtsstellung des Erben auch nach diesem Zeitpunkte sich dem bisherigen Rechte gemäß. Das bisherige Recht entscheidet über die Anwachsung, die Transmission, die Erbunwürdigkeit, die Wirkungen des Erbschaftserwerbes, den Erbschaftsanspruch, das Verhältnis des Erben zu den Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmern . . .“

---

[1]) So auch Planck a. a. O. Bem. 1 zu Art. 213; Staudinger Bem. II, 1 zu Art. 213 und das RG. (Entsch. v. 14. 10. 1904 in RGZ. Bd. 59 S. 82).

[2]) „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem BGB. oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist.“

[3]) vgl. Entsch. d. RG. v. 14. 4. 1903 in RGZ. Bd. 54 S. 242 und vom 14. 10. 1904 a. a. O.

[4]) S. 306.

Der Begriff „erbrechtliche Verhältnisse“ ist also in dem weitesten Sinne aufzufassen. Es ist daher allgemein anerkannt, daß auch der Inhalt der Verfügungen von Todes wegen nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen ist, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist,[1]) und ebenso, daß die Wirkung eines vor dem 1. 1. 1900 errichteten Testaments den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegt, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist.[2]) Hiergegen ist bestritten, ob im letzteren Fall auch der die Rechtswirkung des Testaments bestimmende Wille des Erblassers auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erforschen ist. So sagen die Motive zu dem 1. Entw. eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch[3]): „Von selbst versteht es sich, daß, soviel die Auslegung einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs errichteten letztwilligen Verfügung anlangt, die zur Zeit der Errichtung geltenden Auslegungsvorschriften maßgebend sein müssen“. Dieser Ansicht haben sich auch Affolter,[4]) Borcherdt,[5]) Dernburg,[6]) Fuchs,[7]) Herzfelder,[8]) Kuhlenbeck[9]) und das Oberlandesgericht Hamburg[10]) angeschlossen. Sie dürfte jedoch nicht richtig sein. Zu ihrer Begründung wird angeführt,[11]) daß unter „Errichtung und Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen“ in Art. 214 EG. z. BGB. nicht nur der äußere Akt der Errichtung, sondern auch der Inhalt der Verfügung zu verstehen sei. Ein Vergleich mit Art. 24 Abs. 3 EG. z. BGB.,[12]) der sachlich dasselbe sagen will

---

[1]) So Dernburg a. a. O. S. 16; Habicht a. a. O. S. 695; Staudinger a. a. O. Bem. II, 3k; Niedner a. a. O. Bem. 2b zu Art. 213 S. 466.

[2]) vgl. Affolter a. a. O. S. 343; Dernburg a. a. O. S. 18; Fuchs in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 60; Habicht a. a. O. S. 729; Herzfelder a. a. O. Bem. V vor § 2066; Niedner a. a. O. Bem. 3b; Planck a. a. O. Bem. 3 zu Art. 214; ferner RG. (Entsch. v. 14. 10. 1904 a. a. O.); OLG. Hamburg in Hans. GZ. Bd. 24 S. 219.

[3]) S. 311.

[4]) a. a. O. S. 335ff.

[5]) Erbrecht 2. Aufl. S. 10ff.

[6]) a. a. O. S. 19.

[7]) a. a. O.

[8]) a. a. O.

[9]) a. a. O.

[10]) a. a. O.

[11]) vgl. Affolter a. a. O. S. 337; Borcherdt a. a. O. S. 11f.

[12]) „Erwirbt ein Ausländer, der eine Verfügung von Todes wegen errichtet oder aufgehoben hat, die Reichsangehörigkeit, so wird die Gültigkeit der Errichtung oder der Aufhebung nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er zur Zeit der Errichtung oder der Aufhebung angehörte . . .“

wie Art. 214,[1]) ergibt aber, daß auch Art. 214 nur die Gültigkeit der Errichtung oder Aufhebung, nicht auch den Inhalt der Verfügung betrifft.[2]) Der Inhalt der Verfügung unterliegt vielmehr den Bestimmungen des Art. 213 EG. z. BGB. und wird daher, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs beurteilt. Einen Teil des hiernach anzuwendenden neuen Rechts bilden auch die Auslegungsvorschriften der §§ 133, 2066ff., 2084 BGB. Damit ist aber nicht gesagt, daß die zur Zeit der Testamentserrichtung geltenden Auslegungsregeln überhaupt nicht berücksichtigt werden dürfen. Auch diese sind zur Erforschung des wahren Willens des Erblassers heranzuziehen, soweit dieser Wille erkennbar eine Auslegungsvorschrift des alten Rechts in sich aufgenommen hat. Es erlangt dann aber die Auslegungsvorschrift des alten Rechts nicht als positive Rechtsnorm, sondern lediglich als Inhalt des Willens des Erblassers Geltung, weil der oberste Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs verlangt, daß der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen ist (vgl. § 133 BGB.). Im Ergebnisse stimmen hiermit überein du Chesne,[3]) Habicht,[4]) Kipp,[5]) Paul Meyer,[6]) Niedner[7]) und Planck.[8]) Ferner haben sich hierfür das Reichsgericht,[9]) das bayerische Oberste Landesgericht,[10]) das Kammergericht[11]) und das Oberlandesgericht Kiel[12]) ausgesprochen.

Die Untersuchung, ob die Quasipupillarsubstitution aufrechterhalten werden kann, hängt somit davon ab, wann der Tod des Aszendenten eingetreten ist.

Sollte der Aszendent vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben sein, so würde in Frage kommen, ob die Quasipupillarsubstitution als fideikommissarische Substitution[13]) aufrechterhalten werden kann. Erblasser würde in diesem

---

[1]) So auch Paul Meyer, Erbrecht S. 23; Planck a. a. O. Bem. 2.
[2]) vgl. Paul Meyer a. a. O.; Niedner a. a. O. Bem. 1 zu Art. 214; Planck a. a. O.; ferner Entsch. d. RG. v. 14. 10. 1904 a. a. O. S. 83 und des BayObLG. v. 18. 9. 1907 in OLGRspr. Bd. 16 S. 253.
[3]) Im Recht 1904 S. 469ff.
[4]) a. a. O. S. 740ff., besonders S. 745.
[5]) In Windscheid-Kipp § 6b Anm. 41.
[6]) a. a. O.
[7]) a. a. O. Bem. 3b zu Art. 213.
[8]) a. a. O.
[9]) a. a. O. S. 84.
[10]) a. a. O.
[11]) Beschl. v. 4. 6. 1903 in OLGRspr. Bd. 7 S. 359.
[12]) Entsch. v. 10. 10. 1902 in OLGRspr. Bd. 6 S. 74f.
[13]) vgl. oben bei und in Anm. 7 S. 2.

Falle nur der Aszendent sein. Nach Art. 213 EG. z. BGB. würden dann die bisherigen Gesetze für die erbrechtlichen Verhältnisse maßgebend sein. Es würde daher auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Geisteskranken als Fiduziar — der Deszendent würde als heres suus trotz seiner Geisteskrankheit ipso jure die väterliche Erbschaft erworben haben[1] — und dem Nachgesetzten als Fideikommissar nach altem Recht, also nach gemeinem Recht, beurteilt werden. Insbesondere würde sich die fideikommissarische Substitution auch nicht am 1. 1. 1900 in die Nacherbfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwandelt haben.[2]

Ob eine derartige Aufrechterhaltung möglich ist, richtet sich gemäß Art. 213 EG. z. BGB. nach den bisherigen Gesetzen.

Im gemeinen Recht stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen Ansicht, die z. B. von Mühlenbruch[3] und Puchta[4] vertreten wird, kann die Pupillar- oder Quasipupillarsubstitution nur dann als fideikommissarische aufrechterhalten werden, wenn der Substitution eine auf das Fideikommiß gehende Kodizillarklausel beigefügt ist. Nach der anderen Ansicht, die besonders von Windscheid-Kipp[5] vertreten wird, ist die Pupillar- oder Quasipupillarsubstitution stets als fideikommissarische aufrechtzuerhalten, wenn sie als direkte Substitution nicht zu Recht bestehen kann. Es bedarf also nach der Ansicht von Windscheid-Kipp nicht noch der Hinzufügung der Kodizillarklausel, sondern die Aufrechterhaltung erfolgt, weil sie dem mutmaßlichen Willen des Testators entspricht. Diese Ansicht erscheint als richtig. Für sie spricht insbesondere die Digestenstelle l. 78 D. 36, 1.[6] In dem dieser Stelle zugrunde liegenden Falle hatte ein Vater in einem Kodizill eine Pupillarsubstitution angeordnet. Trotzdem die Substitution somit wegen Formmangels an sich ungültig war, soll sie nach l. 78 D. 36, 1

---

[1]) l. 7 § 2 C. 5, 70: Sin autem perpetuus furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, cum illico apparet et suus heres suis extat parentibus; l. 63 D. 29, 2: Furiosus adquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest nisi si necessarius patri . . . heres existat.

[2]) So auch Staudinger a. a. O. Bem. 4 zu § 2064 und Entsch. d. BayObLG. v. 29. 5. 1903 a. a. O.

[3]) a. a. O. Bd. 40 S. 380.

[4]) Pand. § 476 g.

[5]) a. a. O. § 561 zu 3.

[6]) . . . si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur . . .

kraft der „benigna interpretatio“ als Fideikommiß aufrechterhalten werden. Was hier im Falle eines Formfehlers ausdrücklich bestimmt ist, muß auch für andere Fälle gelten, in denen die direkte Substitution nicht zu Recht bestehen kann. So hat auch das Oberappellationsgericht zu Dresden[1]) entschieden, daß die pupillarische Substitution als fideikommissarische aufrechtzuerhalten sei, wenn angenommen werden könne, daß event. hierauf der Wille des Testators gerichtet gewesen sei. Ebenso hat sich auch das bayerische Oberste Landesgericht dahin ausgesprochen, daß die als Erbeseinsetzung gedachte Quasipupillarsubstitution für das vom Testator herrührende Vermögen als fideikommissarische Substitution aufrechtzuerhalten sei.[2])

Es wird also regelmäßig als dem Willen des Testators entsprechend angenommen werden können, daß er dem Nachgesetzten wenigstens das von ihm herrührende Vermögen hat als Erbschaftsvermächtnis zuwenden wollen. Dieser Regelfall soll auch der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegt werden. Da nun die Quasipupillarsubstitution zur Voraussetzung hat, daß der geisteskranke Deszendent in seiner Geisteskrankheit stirbt, ist die vor dem 1. 1. 1900 angeordnete Quasipupillarsubstitution dahin aufrechtzuerhalten, daß der Nachgesetzte unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Deszendent bis zu seinem Tode geisteskrank bleibt, als Fideikommissar eingesetzt ist, und zwar auf den bei dem Tode des Deszendenten noch vorhandenen Rest des Nachlasses. Letzteres ergibt sich daraus, daß der Nachgesetzte nach dem Willen des Testators Erbe des Deszendenten sein soll, und daß es dem Aszendenten zunächst darauf angekommen sein wird, dem Geisteskranken als seinem Deszendenten die Vorteile der Erbschaft zuzuwenden. Diese Annahme erscheint auch insofern unbedenklich, als ein bestimmter Wortlaut für die Anordnung eines Fideikommisses auf den Überrest nicht vorgeschrieben ist.[3])

Sollte der Aszendent nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben sein, so würde, wie wir oben gesehen, der Inhalt des Testaments nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen sein. Eine Frage der Auslegung würde es sein, ob die Erbeinsetzung für den Geisteskranken hinsichtlich des dem Geisteskranken hinterlassenen Ver-

---

[1]) Erk. v. 13. 11. 1846 in Seufferts Arch. Bd. 3 S. 389 f.

[2]) Entsch. v. 29. 5. 1903 a. a. O.; vgl. auch Staudinger a. a. O. und Entsch. d. KG. v. 2. 3. 1903 in OLGRspr. Bd. 6 S. 319.

[3]) Nov. 108 c. 1: ... Si vero ... testator ea solum fideicommisso subjecerit, quae tempore mortis inventa vel relicta sunt ... Nam si quis hoc vel etiam aliud quid dixerit ...

mögens als Einsetzung eines Nacherben im Sinne der §§ 2100ff. BGB. aufrechtzuerhalten ist. Zu der Auslegung berechtigt die Erwägung, daß der Wille des Aszendenten, obgleich er ja tatsächlich vollständig erschlossen ist, rechtlich wirkungslos bleiben müßte, wenn es nicht gelänge, den rechtlich beachtlichen Teil seines Willens von dem rechtlich unbeachtlichen zu trennen. Da auch hier als Regelfall angenommen werden kann, daß der Aszendent den Nachgesetzten wenigstens für das von ihm herrührende Vermögen als Erben nach dem Tode des Geisteskranken hat einsetzen wollen, nach § 2084 BGB. aber diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei welcher das Testament Erfolg haben kann, ist die Erbeinsetzung für den Geisteskranken als Einsetzung eines Nacherben im Sinne der §§ 2100ff. BGB. als wirksam zu erachten. So nehmen auch Dernburg,[1]) Habicht,[2]) Herzfelder,[3]) Kipp,[4]) Kuhlenbeck,[5]) Paul Meyer,[6]) Niedner[7]) und Scherer[8]) an, daß wenn ein Erblasser seinem Erben einen Erben einsetzt, diese Einsetzung dem vermutlichen Willen des Erblassers gemäß als Nacherbeinsetzung auf das vom Erblasser herrührende Vermögen zu verstehen ist.

Eine Frage der Auslegung ist es weiter, ob der Nachgesetzte als Nacherbe auf den Überrest anzusehen ist. Der Erblasser kann nämlich nach § 2137 BGB. den Nacherben „auf dasjenige einsetzen, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird".

Dieselben Gründe, die oben zur Annahme eines Fideikommisses auf den Überrest geführt haben, führen hier zur Annahme einer Nacherbschaft auf den Überrest. Der Erblasser will den Nachgesetzten zum Erben seines Deszendenten machen. Der Nachgesetzte soll also die Erbschaft nehmen, wie sie sich bei dem Tode des Deszendenten befinden wird. Außerdem wird der Erblasser auch regelmäßig beabsichtigt haben, zunächst seinem Deszendenten die Vorteile der Erbschaft zuzuwenden. Es erscheint daher gerechtfertigt, den als Quasipupillarsubstitut Eingesetzten als Nacherben auf den Überrest anzusehen. Allerdings ist er nur für den Fall als Nacherbe auf den Überrest eingesetzt, daß der Deszendent bis zu seinem Tode geisteskrank

---

[1]) a. a. O. S. 157.
[2]) a. a. O. S. 732f.
[3]) a. a. O. Bem. III vor § 2100.
[4]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 561 S. 290.
[5]) a. a. O.
[6]) a. a. O. S. 260.
[7]) a. a. O. Bem. 3c zu Art. 213.
[8]) Erbrecht Bem. 254, 255 vor § 2100.

bleibt. Er ist somit unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, da ungewiß ist, ob die von dem Testament zu erzeugende rechtliche Wirkung eintreten wird (vgl. § 158 Abs. 1 BGB.).[1]) Daß ein Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt werden kann, ergibt sich einmal daraus, daß die Vorschriften über die aufschiebende Bedingung sich in dem ersten Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dem „Allgemeinen Teil", befinden, und mittelbar auch aus § 2108 Abs. 2 Satz 2 BGB., in dem eine Folge der Nacherbeinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung geregelt wird.[2])

Um nun untersuchen zu können, ob zur Löschung einer Nachlaßhypothek die Zustimmung des bedingten Fideikommissars bezw. Nacherben auf den Überrest erforderlich ist, ist zunächst festzustellen, auf Grund welchen Rechts der Grundbuchrichter die Zustimmung des Fideikommissars verlangen könnte, mit anderen Worten, ob das neue oder das alte Grundbuchrecht zur Anwendung kommt.

Nach § 82 der Reichsgrundbuchordnung tritt die Reichsgrundbuchordnung, „soweit es die Anlegung des Grundbuchs betrifft, gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche, im übrigen für jeden Grundbuchbezirk mit dem Zeitpunkt in Kraft, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist". Wann das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, wird nach Art. 186 EG. z. BGB. durch landesherrliche Verordnung bestimmt. Diese landesherrlichen Verordnungen sind bereits für die meisten Bezirke ergangen.[3]) Auch wenn so das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, kommen doch nicht immer die Vorschriften der Reichsgrundbuchordnung zur Anwendung. In § 83 der Reichsgrundbuchordnung ist nämlich eine Ausnahme gemacht. „Soweit im Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche zugunsten der Landesgesetze Vorbehalte gemacht sind, gelten sie auch für die Vorschriften der Landesgesetze über das Grundbuchrecht." Unter den hier erwähnten Vorbehalten sind, wie die Denkschrift zur Grundbuchordnung hervorhebt,[4]) nicht nur die im Abschn. 3 des EG. z. BGB. („Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesge-

[1]) „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein."

[2]) „Ist der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so bewendet es bei der Vorschrift des § 2074."

[3]) vgl. Planck a. a. O. Bem. 2b zu Art. 186; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. 1 S. 29f.

[4]) S. 176; vgl. auch Predari, Grundbuchordnung S. 726: Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 2 S. 445.

setzen") enthaltenen dauernden Vorbehalte, sondern auch die Übergangsvorschriften des Abschn. 4 zu verstehen. Der Grund und zugleich die Bedeutung dieses Vorbehaltes ergeben sich aus den Motiven zum Entwurf einer Grundbuchordnung. Es heißt hier[1]): „Das materielle Grundbuchrecht, wenn man so den Komplex der Vorschriften bezeichnen kann, welche die Voraussetzungen der Änderungen im dinglichen Rechtsbestande betreffen, hängt mit dem formellen Grundbuchrechte so zusammen, daß seine Geltung nicht ohne . . . die Geltung des formellen Grundbuchrechts beginnen kann, und daß das formelle Grundbuchrecht des Entwurfes nur für das konkrete materielle Grundbuchrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs paßt. Gestattet man Abweichungen von dem materiellen Grundbuchrechte, z. B. in Ansehung der Rechtsverhältnisse der Landesherren, der Fideikommisse, der Lehne, auf dem Gebiete des Bergrechtes, Wasserrechtes, Enteignungsrechtes usw., so muß damit auch eine entsprechende Gestaltung des formellen Grundbuchrechtes gestattet sein. Auch wenn das Gesetz schwiege, würde man aus Gründen praktischer Notwendigkeit dazu gedrängt werden, die Vorbehalte des Einführungsgesetzes so zu lesen, als wenn das gesamte formelle und materielle Grundbuchrecht in seinem Zusammenhange, ohne zu unterscheiden zwischen der privatrechtlichen Natur und der Natur der einzelnen Vorschriften als Verfahrensvorschriften, vorbehalten wäre". Wenn und soweit also materielles Grundbuchrecht aufrechterhalten ist, ist es auch das formelle. Was versteht man nun unter materiellem Grundbuchrecht? Nach den Motiven[2]) umfaßt dieser Begriff alle Vorschriften, „welche die Voraussetzungen der Änderungen im dinglichen Rechtsbestande betreffen". Man kann nun diesen Begriff noch etwas klarer fassen, wenn man mit Oberneck[3]) sagt: Materielles Grundbuchrecht[4]) umfaßt die Vorschriften über die Änderungen im dinglichen Rechtsbestande eines Grundstücks, wie den Erwerb und Verlust des Eigentums, sowie die Begründung, Übertragung, Belastung und Aufhebung eines anderen Rechts an einem Grundstücke oder eines Rechts an einem solchen Rechte, die Änderung des Inhalts und Ranges der

[1]) S. 122.
[2]) a. a. O. und S. 21.
[3]) a. a. O. S. 6f.
[4]) Die Bezeichnung „materielles Grundbuchrecht" ist beibehalten, weil sie allgemein üblich ist. Eigentlich ist diese Bezeichnung zu eng, weil Änderungen im Rechtsbestande eines Grundstücks auch außerhalb des Grundbuchs vorkommen können. Man denke an buchungsfreie Grundstücke. Es wird daher auch der Ausdruck „Liegenschaftsrecht" gebraucht. Vgl. Oberneck a. a. O. S. 7.

Rechte. Wir haben also im Bürgerlichen Gesetzbuch z. B. das materielle Grundbuchrecht hauptsächlich in den §§ 873—902 („Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken"), §§ 903—924 („Inhalt des Eigentums"), §§ 925—928 („Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken"), §§ 985—1005 („Ansprüche aus dem Eigentum"), §§ 1008—1203 („Miteigentum", „Erbbaurecht", „Dienstbarkeiten", „Vorkaufsrecht", „Reallasten", „Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld") und in den §§ 1273—1296 („Pfandrecht an Rechten") zu suchen. Es ist also eine Frage des materiellen Grundbuchrechts, wie eine Hypothek bestellt oder gelöscht wird. Dagegen ist es für das materielle Grundbuchrecht gleichgültig, ob es ein Erbe oder ein Ehemann oder eine andere Person ist, die die Hypothek bestellen oder löschen will. Dies hat mit dem materiellen Grundbuchrechte nichts zu tun. Man kann also nicht sagen, daß, da nach Art. 213 EG. z. BGB. für die erbrechtlichen Verhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend sind, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 1900 gestorben ist, nun auch die alten Vorschriften des formellen Grundbuchrechts zur Anwendung kommen, wenn ein Fiduziar des alten Rechts eine Hypothek bestellen oder löschen will. Denn nur dann kommt das alte formelle Grundbuchrecht zur Anwendung, wenn das alte materielle Grundbuchrecht Anwendung findet. So hat auch das Kammergericht entschieden,[1]) daß zwar die Frage, ob ein Fiduziar des preußischen Rechts zu Verfügungen über Nachlaßgrundstücke allein befugt ist, nach altem Recht zu entscheiden ist, daß aber die Reichsgrundbuchordnung, also das neue formelle Recht, eingreift, wenn der Fiduziar das Grundstück auflassen will.

Ob das alte oder das neue formelle Grundbuchrecht Anwendung findet, ist besonders in einem Falle streitig geworden. Fuchs-Arnheim,[2]) Möller[3]) und Niedner[4]) behaupten nämlich, daß § 52 der Reichsgrundbuchordnung[5]) auf Erbfälle vor dem 1. 1. 1900 keine Anwendung finde. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß nach Art. 213 EG. z. BGB. für einen vor dem 1. 1. 1900 eingetretenen Erbfall die bisherigen Gesetze maßgebend seien, daß Art. 213 nicht zwischen materiellem und formellem Recht unterscheide, und daß mithin nach § 83 der

---

[1]) Beschl. v. 7. 6. und 4. 7. 1904 in OLGRspr. Bd. 9 S. 403 f.
[2]) Grundbuchrecht S. 551.
[3]) Im Recht 1900 S. 412 f.
[4]) a. a. O. Bem. 2 b εββ zu Art. 213.
[5]) „Bei der Eintragung eines Vorerben ist zugleich das Recht des Nacherben und, soweit der Vorerbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist, auch die Befreiung von Amts wegen einzutragen."

Reichsgrundbuchordnung auch das alte formelle Grundbuchrecht Anwendung finde. Diese Schlußfolgerung ist nicht richtig. Wie wir gesehen haben, will § 83 nur sagen, daß, soweit das alte materielle Grundbuchrecht im Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch aufrechterhalten ist, auch das alte formelle Grundbuchrecht Anwendung findet. Das Recht des Nacherben ist nun zwar ein erbrechtliches Verhältnis im Sinne des Art. 213 EG. z. BGB., aber keine Bestimmung des materiellen Grundbuchrechts, so daß die Berufung auf Art. 213 nicht geeignet ist, die Anwendung des § 52 der Reichsgrundbuchordnung auf Erbfälle vor dem 1. 1. 1900 auszuschließen. Zuzugeben ist jedoch Fuchs-Arnheim,[1]) daß die Begründung des Kammergerichts,[2]) § 54 der alten preuß. GBO.[3]) sei durch Art. 33 Nr. 1 preuß. AG. z. RGBO.[4]) aufgehoben, allein nicht ausreicht, da Art. 33 das alte Grundbuchrecht nur „unbeschadet der Übergangsvorschriften" aufhebt. Ebenso ist der Hinweis,[5]) daß die Reichsgrundbuchordnung mit der Anlegung des Grundbuchs nach § 82 RGBO. in Kraft getreten sei und daher § 52 RGBO. Anwendung finde, allein nicht geeignet, die Anwendung des neuen Rechts zu begründen, da in § 83 RGBO. zugunsten des alten Rechts Vorbehalte gemacht sind. Entscheidend ist vielmehr, daß das „Recht des Nacherben" keine Bestimmung des materiellen Grundbuchrechts ist und daher § 83 RGBO. mit seinen Vorbehalten für das alte Recht nicht Platz greift. Somit ist § 52 RGBO. auch auf erbrechtliche Verhältnisse des alten Rechts, soweit diese einer Vorerbschaft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleichstehen, anzuwenden. Im Ergebnisse stimmen hiermit überein u. a. Borcherdt,[6]) Güthe,[7]) Habicht,[8]) Oberneck,[9]) Peiser,[10]) Planck,[11]) Predari,[12]) Thiesing,[13]) Turnau-Förster.[14]) Ferner hat sich in diesem

[1]) a. a. O.
[2]) Beschl. v. 9. 7. 1901 in KGJ. Bd. 22 S. A 299.
[3]) „Nebenbestimmungen aus Verträgen oder letztwilligen Verordnungen, welche das Eigentum oder die Befugnis des Eigentümers, über das Grundstück zu verfügen, beschränken, werden nur auf Antrag eingetragen."
[4]) „Die nachstehenden Vorschriften werden . . . unbeschadet der Übergangsvorschriften aufgehoben, 1. die GBO. v. 5. 5. 1872 . . ."
[5]) Beschl. d. KG. v. 9. 4. 1900 in OLGRspr. Bd. 1 S. 21.
[6]) a. a. O. S. 8 bei und in Anm. 8.
[7]) a. a. O. S. 881.
[8]) a. a. O. S. 702, 703 Anm. 1.
[9]) a. a. O. Bd. 2 S. 65.
[10]) Handb. des Testamentsrechts S. 131 Anm. 1.
[11]) a. a. O. Bem. 2c zu Art. 213 und 4a zu § 2113.
[12]) a. a. O. S. 640.
[13]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94, S. 253 Anm. 14.
[14]) a. a. O. Bd. 2 S. 353f.

Sinne außer dem Kammergericht[1]) auch das Oberlandesgericht Jena[2]) ausgesprochen.

Es finden somit auch bei der vorliegenden Frage, ob der Grundbuchrichter zur Löschung der Hypothek die Zustimmung des Fideikommissars verlangen kann, die Bestimmungen der Reichsgrundbuchordnung Anwendung.

Der Grundbuchrichter könnte die Zustimmung des Nachgesetzten verlangen, wenn dieser bereits ein gegenwärtiges Recht auf den Nachlaß hätte, denn nach § 19 GBO. erfolgt eine Eintragung nur, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Es ist daher zunächst zu untersuchen, welche Rechtsstellung der bedingte Fideikommissar und der bedingte Nacherbe auf den Überrest haben.

Das Fideikommiß auf den Überrest ist eine Unterart des Universalfideikommisses.[3]) Es unterliegt daher denselben Regeln wie das gewöhnliche Universalfideikommiß, soweit nicht in der Novelle 108 bezüglich der Restitutionspflicht des Fiduziars besondere Bestimmungen enthalten sind. Auch dem Fideikommiß auf den Überrest kann somit nach dem für das Singularvermächtnis geltenden Recht, das für das gewöhnliche Universalfideikommiß maßgebend ist,[4]) eine aufschiebende Bedingung hinzugefügt werden. Vor dem Eintritte der Bedingung fällt dann das Fideikommiß auch hier dem Fideikommissar nicht an.[5]) Er hat vorher kein Recht auf das Fideikommiß[6]) — ob das dem Fideikommissar nach dem Eintritte der Bedingung zustehende Recht ein dingliches Recht[7]) oder vielmehr nur ein obligatorischer Anspruch auf Restitution der Erbschaft[8]) ist, kann hier dahingestellt bleiben —, er hat nur, wie das Reichsgericht richtig

---

[1]) vgl. auch Beschl. v. 30. 6. 1902 in OLGRspr. Bd. 5 S. 434, v. 7. 6. und 4. 7. 1904 a. a. O. Bd. 9 S. 403 f., v. 25. 10. 1906 in KGJ. Bd. 33 S. A 178 ff., besonders S. 182.

[2]) Entsch. v. 29. 10. 1903 im Recht 1903 S. 582 Nr. 3029.

[3]) So auch Kuhlenbeck, Von den Pand. Bd. 3 S. 248; v. Hammerstein-Gesmold, Das Fideikommiß auf den Überrest S. 10.

[4]) vgl. Arndts a. a. O. § 581; Dernburg, Pand. Bd. 3 § 120; Windscheid-Kipp a. a. O. § 664; Koeppen a. a. O. S. 807 zu 4; so auch das RG. (Entsch. v. 20. 3. 1883) in Seufferts Arch. Bd. 38 S. 423 ff.

[5]) l. 5 § 2 D. 36, 2: sed si sub condicione sit legatum relictum non prius dies legati cedit quam condicio fuerit impleta. So auch Windscheid-Kipp a. a. O. und das RG. a. a. O.

[6]) Roßhirt, Die Lehre von den Vermächtnissen Bd. 1 S. 160.

[7]) vgl. Mayer, Die Lehre von den Legaten § 12; Brinz a. a. O. § 430 bei Anm. 32; Große, Die Stellung des Universalfideikommissars S. 41 ff.

[8]) vgl. Dernburg a. a. O.; Koeppen a. a. O. S. 808; Windscheid-Kipp a. a. O. bei und in Anm. 1; so auch die Mot. Bd. 5 S. 80.

sagt,[1]) „eine Aussicht, eine bloße Hoffnung, ein spes futurae actionis".

Ebenso hat auch bei der aufschiebend bedingten Nacherbeinsetzung auf den Überrest der Nachgesetzte noch kein gegenwärtiges Recht auf den Nachlaß. Die Einsetzung eines Nacherben auf den Überrest ist eine gewöhnliche Nacherbeinsetzung, nur daß bei ihr der Vorerbe von den in § 2136 BGB. aufgezählten „Beschränkungen und Verpflichtungen" befreit ist (§ 2137 Abs. 1 BGB.), und daß in § 2138 BGB. die Herausgabepflicht des Vorerben abweichend geregelt ist. Auch bei der Nacherbeinsetzung auf den Überrest wird daher der Nacherbe gemäß § 2100 BGB. nur Erbe nach dem Vorerben. Erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe nach § 2139 BGB. auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an. Vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hat der Nacherbe also noch keine Erbenstellung. Er erwirbt aber bereits mit dem Erbfalle, d. i. nach § 1922 BGB. mit dem Tode des Erblassers, eine Anwartschaft auf den künftigen Anfall des zur Zeit des Todes des Vorerben noch vorhandenen Restes der Erbschaft. In der Literatur ist zwar auch die Ansicht vertreten,[2]) daß der Nacherbe schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge ein dingliches Recht habe, doch dürfte diese Ansicht nur, worauf Strohal mit Recht hinweist,[3]) auf die nicht richtige Fragestellung, ob das dem Nacherben vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zustehende Recht ein persönliches oder ein dingliches sei, zurückzuführen sein. Die Fragestellung ist nämlich nicht richtig, weil das Recht des Nacherben weder ein dingliches noch ein persönliches ist. Ein dingliches Recht kann der Nacherbe nicht haben, weil der Vorerbe bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge vollkommener Alleinerbe ist. Der Nacherbe ist nicht neben dem Vorerben Erbe, er soll es erst nach ihm werden. Der Nacherbe hat daher kein aufschiebend bedingtes oder betagtes Recht, Erbe zu sein, sondern nur eine Aussicht, Erbe zu werden. Hiermit steht nicht im Widerspruch, daß nach § 52 GBO. das „Recht des Nacherben" bei der Eintragung des Vorerben von Amts wegen einzutragen ist. Peiser[4]) folgert zwar aus dieser Vorschrift, daß das Recht des Nacherben ein dingliches Recht sei, weil, wie er sagt, „Rechte, die im Grundbuch eingetragen werden, ihrer Natur nach dingliche

[1]) Entsch. v. 20. 3. 1883 a. a. O.

[2]) vgl. Eck, Vorträge Bd. 3 S. 110f.; Peiser a. a. O. S. 78f., 133 Anm. 139; vgl. auch Entsch. d. KG. v. 16. 2. 1903 in OLGRspr. Bd. 6 S. 322.

[3]) Bei Planck a. a. O. Bem. 4b vor § 2100.

[4]) a. a. O. S. 79 Anm. 39.

Rechte sind". § 52 GBO. ist aber keine materiellrechtliche Bestimmung, sondern nur eine Verfahrensvorschrift. Dies wird von der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausdrücklich hervorgehoben, die nur aus diesem Grunde den § 1826 des Entwurfs, der auch von der Eintragung des „Rechts des Nacherben" spricht, in die Grundbuchordnung verwiesen hat.[1])

Durch § 52 GBO. wird also an dem Wesen des „Rechts des Nacherben" nichts geändert, weil § 52 als Verfahrensvorschrift ein materielles Recht nicht begründen kann und auch nicht will.[2]) Unter dem einzutragenden „Recht des Nacherben" sind daher auch hier nur die Anwartschaft des Nacherben und die sich aus dieser ergebenden Verfügungsbeschränkungen des Vorerben zu verstehen. So sagt auch die Denkschrift zur Grundbuchordnung[3]): „Nach § 2113 Abs. 1, 3 und § 2114 BGB. ist der Vorerbe zum Schutze der Rechte des Nacherben in der Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück beschränkt. Der Zweck dieser Beschränkung bringt es mit sich, sie im Grundbuche für Dritte erkennbar zu machen und dadurch den Nacherben gegenüber den aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs sich ergebenden Gefahren zu sichern. Der Entwurf schreibt daher vor, daß bei der Eintragung eines Vorerben zugleich das Recht des Nacherben und, soweit der Vorerbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist, auch die Befreiung von Amts wegen einzutragen ist".

Andererseits hat der Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge auch kein obligatorisches Recht auf die Erbschaft. In Betracht käme nur, da ein Vertrag zwischen dem Vorerben und dem Nacherben nicht besteht, ebenso von einer unerlaubten Handlung nicht die Rede sein kann, ob ein gesetzliches Schuldverhältnis, eine obligatio ex lege vorliegt.[4]) Aber auch dies ist zu verneinen. Wohl ist der Nacherbe durch eine Reihe von Bestimmungen (vgl. §§ 2121 ff. BGB.) in seiner Anwartschaft geschützt, aus diesen läßt sich aber ein gegenwärtiges obligatorisches Recht des Nacherben auf die Erbschaft nicht herleiten.

Mit dem somit gewonnenen Ergebnisse, daß das Recht des Nacherben weder ein obligatorisches noch ein dingliches, sondern

---

[1]) Prot. Bd. 5 S. 110.
[2]) So auch Weber in DNV. 1906 S. 624.
[3]) S. 167.
[4]) So auch du Chesne in ZBlFG. Bd. 8 S. 535.

nur eine Anwartschaft ist, stimmen überein Boehm,[1]) Borcherdt,[2]) du Chesne,[3]) Dernburg,[4]) Frommhold,[5]) Herzfelder,[6]) Kipp,[7]) Kuhlenbeck,[8]) Meikel,[9]) Siméon,[10]) Strohal,[11]) Wäntig[12]) und Weber.[13])

Der Nachgesetzte hat also in keinem Fall ein gegenwärtiges Recht auf den Nachlaß. Aus diesem Gesichtspunkte kann daher die Zustimmung des Nachgesetzten nicht verlangt werden. Möglich wäre es aber, daß der Vorgesetzte allein zur Verfügung über die Nachlaßhypothek nicht berechtigt ist und der Grundbuchrichter aus diesem Grunde die Zustimmung des Nachgesetzten verlangen kann. Es ist daher festzustellen, wieweit der Fiduziar bei dem bedingten Fideikommiß auf den Überrest und der Vorerbe bei der bedingten Nacherbschaft auf den Überrest über die Erbschaft zu verfügen berechtigt ist.

Bezüglich der Verfügungsgewalt des Fiduziars sind zunächst zwei Gesetzesstellen zu erwähnen, deren Verhältnis zueinander klarzulegen ist. Die eine befindet sich im Kodex (l. 3 C. 6, 43) und handelt vom gewöhnlichen Universalfideikommiß, die andere befindet sich in den Novellen (Nr. 108) und regelt das Fideikommiß auf den Überrest. Bei dem gewöhnlichen Universalfideikommiß wird unterschieden, ob das Fideikommiß „pure vel sub certo die“ oder „sub condicione vel sub incerta die“ hinterlassen ist.

Während im ersten Falle bestimmt wird,[14]) daß der Fiduziar das Vermächtnisgut nicht veräußern darf — „veräußern“ hier im

---

[1]) Erbrecht S. 114.
[2]) a. a. O. 1. Aufl. S. 372.
[3]) a. a. O. S. 536 f.
[4]) a. a. O. S. 161.
[5]) Erbrecht S. 132.
[6]) a. a. O. Bem. 5 zu § 2100.
[7]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 715.
[8]) a. a. O. Bem. 1 zu § 2100.
[9]) Im Recht 1905 S. 185.
[10]) Recht und Rechtsgang S. 942.
[11]) Bei Planck a. a. O. Bem. 4b vor § 2100.
[12]) In DNV. 1906 S. 381 f.
[13]) a. a. O. S. 620 ff.
[14]) § 2a l. c.: Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt vel quae restitui aliis disposita sunt vel substitutione posita, secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda vel pignoris vel hypothecae titulo adsignanda . . ., sed sciat, quod hoc quod alienum est non ei liceat utpote sui patrimonii existens alieno juri applicare quia satis absurdum est et irrationabile rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecae pignorisve nomine obligare . . . et alienam spem decipere.

weiteren Sinne gemeint,[1]) —, ist im zweiten angeordnet, daß er bis zum Eintritte der Bedingung veräußern darf, daß die Veräußerung aber mit diesem Augenblick „ab initio“ ungültig wird.[2]) Dagegen wird beim Fideikommiß auf den Überrest ein solcher Unterschied nicht gemacht. Es wird hier nur bestimmt,[3]) daß der Fiduziar über drei Viertel der Erbschaft frei verfügen darf, daß er aber das letzte Viertel, sofern nicht einer der besonders hervorgehobenen Ausnahmefälle vorliegt, dem Fideikommissar hinterlassen muß. Hat der Fiduziar trotzdem das letzte Viertel verbraucht, so kann der Fideikommissar, wie dort weiter bestimmt wird,[4]) zunächst aus dem übrigen Vermögen des Fiduziars Ersatz verlangen und, wenn Ersatz nicht zu erlangen ist, die rei vindicatio und die hypothecaria gegen den Erwerber geltend machen. Es fragt sich, ob diese Bestimmungen auch auf das bedingte Fideikommiß auf den Überrest, mit dem wir es ja vorliegend zu tun haben, anwendbar sind, oder ob etwa die für das gewöhnliche Universalfideikommiß gegebenen Bestimmungen, wenn auch nur bezüglich des dem Fideikommissar zu hinterlassenden Viertels, Anwendung finden. Man darf hier nicht etwa einwenden, daß jedes Fideikommiß auf den Überrest, weil es auf das bei dem Tode des Fiduziars noch Vorhandene geht, „sub incerta die“ angeordnet ist, also einem „sub condicione“ errichteten gleichsteht.[5]) Zwar ist ungewiß, wann der Tod des

[1]) Veräußern im eigentlichen und engeren Sinn wird nur als Übertragen des Eigentums gebraucht (l. 1 C. 5, 23: est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur). Dagegen versteht man unter „veräußern“ im weiteren Sinn (ähnlich unserem heutigen Begriff „verfügen“) sowohl das Übertragen und Aufgeben eines bereits erworbenen als auch das Bestellen eines neuen Rechts. In diesem Sinn ist „veräußern“ insbesondere auch bei einem gesetzlichen oder testamentarischen Veräußerungsverbote zu nehmen (l. 7 C. 4, 51).

[2]) § 3 l. c.: Sin autem sub condicione vel sub inverta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis . . . melius quidem faciat, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca . . . Sin autem avaritiae cupidine propter spem condicionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur . . .

[3]) Nov. 108 c. 1: . . . Sufficit enim, si heres tres partes habeat, huic vero quarta solum relinquatur . . . reliquis omnibus in potestate manentibus, adeo ut illi arbitratu suo istis uti liceat, quem ad modum veris dominis convenit. Quodsi gravatus quartam etiam attingat, necessarium est perscrutari causam ob quam hoc fecerit . . .

[4]) c. 2 l. c.: Si tamen quid expendat et habeat unde supplementum faciat, ex eo quarta quoque suppleatur . . . sin vero quartam attingat neque alia bona in supplementum habeat, tum adversus eos, qui emerunt vel aliter res aceperunt, in rem actionem et hypothecas auctoritate hujus legis damus . . .

[5]) l. 75 D. 35, 1: Dies incertus conditionem in testamento favit.

Fiduziars eintreten wird, es ist aber gewiß, daß er eintreten wird. Wenn nun der „dies incertus", wie vorliegend, nur die Zeitbestimmung für die Restitution des Fideikommisses ist, so ist diese Bestimmung nicht als eine „condicio" anzusehen.[1])

Es dürfte nun richtig sein, daß die Novelle 108 als lex specialis nur allein zur Anwendung kommt. Dies ergeben die Eingangsworte des ersten Kapitels der Novelle 108: Nobis igitur recte se habere visum est, si legem ita ferremus, ut, si quis totum fideicommissum restituendum esse dicat, ea obtineant, quae in ejusmodi casibus definita et a nobis jam sancita sunt. Si vero tale sit fideicommissum, quale propositum est, et testator ea solum fideicommisso subjecerit, quae tempore mortis inventa vel relicta sunt, id, quod indefinite a majoribus dictum est, sub legitimam quandam divisionem et ordinem deducamus. Justinian wollte also die für die Restitution des gewöhnlichen Universalfideikommisses erlassenen Gesetze aufrechterhalten, dagegen das Fideikommiß auf den Überrest neu regeln und zu diesem Zwecke die früheren, nur unbestimmt gehaltenen Aussprüche in eine „gesetzliche Unterscheidung und Ordnung" bringen. Wenn nun die Novelle ein Veräußerungsverbot enthält, so gilt dieses, da ein Unterschied nicht gemacht ist, sowohl für das unbedingte wie für das bedingte Fideikommiß auf den Überrest. Es war auch nicht erforderlich, in der Novelle noch hervorzuheben, daß die für das bedingte Universalfideikommiß erlassenen Bestimmungen keine Anwendung finden, da ja das Fideikommiß auf den Überrest im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Universalfideikommiß neu geregelt werden sollte. Dies verstand sich vielmehr bei dem Zwecke, den die Novelle verfolgte, von selbst.

Somit kommen auch vorliegend, obwohl das Fideikommiß nur bedingt angeordnet ist, die Bestimmungen der Novelle 108 zur Anwendung, da die Verfügungsbeschränkungen des Fiduziars gegenüber dem Fideikommissar nach Art. 213 EG. z. BGB. aufrechterhalten sind.[2])

Wie bereits erwähnt, darf der Fiduziar nach der Novelle 108 über drei Viertel der Erbschaft frei verfügen, dagegen muß er das letzte Viertel, wenigstens dem Werte nach,[3]) bis auf einige

---

[1]) l. 5 C. 6, 53: Ex his verbis „Do lego Aeliae Severinae filiae et Secundae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit", non condicio fideicommisso . . . inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Vgl. auch Roßhirt a. a. O. S. 160; Westphal, Darstellung der Rechte von Vermächtnissen . . . Bd. 2 §§ 911, 912; Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 59.

[2]) vgl. Habicht a. a. O. S. 704.

[3]) So auch Seuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 116 ff.

Ausnahmefälle dem Fideikommissar hinterlassen. Diese Ausnahmefälle sind: eigene Not,[1]) Bestellung einer Dos oder Eheschenkung, wenn er kein anderes Vermögen hat,[2]) und Loskauf von Gefangenen.[3]) Liegt keiner dieser Gründe vor, so muß der Fiduziar, wie es in der Novelle heißt,[4]) durchaus den vierten Teil aufbewahren. Hat er diesen trotzdem verbraucht, so hat der Fideikommissar zunächst einen Ersatzanspruch aus dem übrigen Vermögen des Fiduziars, und wenn er auf diese Weise keinen Ersatz erlangen kann, die rei vindicatio und die hypothecaria[5]) gegen den, der „Sachen gekauft oder auf andere Weise erhalten" hat. Die rei vindicatio und die hypothecaria sollen dem Fideikommissar in gleicher Weise zustehen, wie es für die Singularvermächtnisnehmer in l. 1 C. 6, 43 angeordnet ist.[6]) Die rei vindicatio ist somit in bezug auf die Sachen gegeben, die zu dem letzten Viertel gehört haben, dagegen die hypothecaria, die bei dem Singularvermächtnis auf alles geht, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat,[7]) auch in bezug auf die Sachen, die zu den drei an sich der freien Verfügung des Fiduziars unterliegenden Vierteln gehört haben.[8]) Hiernach besteht auch beim Fideikommiß auf den Überrest ein gesetzliches Veräußerungsverbot[9]) oder richtiger eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung, da sonst die dinglichen Klagen nicht gegeben sein könnten. Daß der Fideikommissar zunächst auf eine persönliche Klage verwiesen wird, ist hierbei ohne Bedeutung, da ja subsidiär die dinglichen Klagen eingreifen.

Vorliegend handelt es sich darum, ob der Fiduziar über eine Hypothekenforderung verfügen kann. Da die Novelle nur

---

[1]) c. 2 l. c.: Si vero contingat, ut neque ipse quibusdam ex causis habeat, unde expensas faciat, facultatem ei concedimus ...

[2]) c. 1 l. c.: Et si quidem vel dotem dare velit vel donationem ante nuptias, cum alia bona non habeat, hoc illi permittendum est ...

[3]) l. c.: Si vero etiam ad captivorum redemtionem ..., hoc quoque illi facere et quartam minuere liceat ...

[4]) c. 2 l. c.: Si vero nulla ejusmodi causa subsit, omnino necesse habeat, quartam partem institutionis suae servare ...

[5]) Nach Dernburg (Pand. Bd. 3 § 99) und Koeppen (a. a. O. S. 744) ist das gesetzliche Pfandrecht im heutigen Recht ein Pfandrechtstitel geworden.

[6]) l. c.: ... id quod etiam in legatis jam concessimus et in constitutione tam in rem actionem quam persecutionem fideicommissi illis largiti sumus. Vgl. auch Dernburg, Pfandrecht S. 329; Seuffert a. a. O. S. 116.

[7]) l. 1 § 1 C. 6, 43: Rectius esse censemus ... insuper utilem Servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui praestare. So auch Windscheid-Kipp a. a. O. § 648; Salkowski bei Glück Bd. 49 S. 670; Koeppen a. a. O. S. 744.

[8]) vgl. Seuffert a. a. O. S. 117.

[9]) So Seuffert a. a. O.

von „res“ spricht und das römische Recht zwischen res corporales und incorporales unterscheidet und unter den ersteren die „im Raume befindlichen Vermögensobjekte“,[1]) also Grundstücke und Mobilien, unter den letzteren die Rechte, und zwar die Rechte an Sachen und auch die Forderungsrechte versteht,[2]) entsteht die Frage, ob sich die Verfügungsbeschränkung auch auf Forderungen bezieht. In dem ähnlich liegenden Falle der l. 3 C. 6, 43, die das Verbotsgesetz für das gewöhnliche Universalfideikommiß enthält und ebenfalls nur von „res“ spricht, verneinen Dernburg[3]) und Seuffert[4]) die analoge Anwendung auf Nachlaßforderungen. Dernburg hält es für „juristisch bedenklich und unzweckmäßig“, auch auf sie das Verbotsgesetz auszudehnen. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Mag Justinian auch nicht an Forderungen gedacht haben, so spricht doch nichts dafür, daß er sie hat ausschließen wollen. Da es nun auch vom Standpunkte des Gesetzgebers keinen Unterschied macht, ob der Fiduziar über eine Sache oder eine Forderung verfügt, erscheint es dem Sinne des Gesetzes entsprechend, auch auf Forderungen das Verbotsgesetz zu beziehen. Dies tun denn auch Windscheid-Kipp,[5]) Mayer,[6]) Sintenis,[7]) Schröder,[8]) Grosse[9]) und Meischeider.[10]) Ebenso hat sich das Kammergericht[11]) für die Ausdehnung des Verbots auf Forderungen ausgesprochen. Dasselbe muß auch für die Novelle 108 gelten. Auch hier ist die Verfügungsbeschränkung, dem Sinne des Gesetzes gemäß, auf Forderungen auszudehnen.

Noch eine Frage ist zu beantworten: In welcher Weise kann der Fiduziar über die anderen drei Viertel verfügen? Die

---

[1]) So Dernburg, Pand. § 67.

[2]) pr. §§ 1, 2 J. 2, 2; Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporalis eae sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis ... Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt; qualia sunt ea quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoque modo contractae ... Vgl. auch Dernburg a. a. O. und Windscheid-Kipp a. a. O. §§ 42, 137.

[3]) a. a. O. § 120.

[4]) a. a. O. S. 71.

[5]) a. a. O. § 665.

[6]) a. a. O. S. 25 zu 9.

[7]) a. a. O. § 213 Anm. 15.

[8]) Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 81.

[9]) a. a O. S. 27.

[10]) a. a. O. S. 245f.

[11]) vgl. Brunnemann, Comment. in Cod. Just. ad lib. 6 tit. 49 p. 784: Quando heres rogatur restituere quidquid tempore mortis de hereditate supererit, tunc tacite facta est heredi potestas alienandi, quamvis et hic dolum et animum interventendi fideicommissum exclusum putem.

Novelle (c. 1) sagt: reliquis omnibus in potestate ejus manentibus — das sind die drei Viertel — adeo ut illi arbitratu suo istis uti liceat quemadmodum veris dominis convenit. Der Fiduziar soll also über sie nach seinem Gutdünken verfügen dürfen, wie es wahren Eigentümern zukommt. Trotzdem ist in der älteren Literatur die Ansicht vertreten, daß der Fiduziar nicht arglistig „animo intervertendi fideicommissum" verfügen dürfe. Diese Ansicht ist jedoch nicht zutreffend. Durch die Novelle sollte gerade dem alten Zustande,[1]) nach dem das „arbitrium boni viri" entschied, ob eine solche Arglist vorgelegen, ein Ende gemacht werden. Daher ist in der Novelle bestimmt, daß der Fiduziar nach seinem Gutdünken über drei Viertel der Erbschaft verfügen darf, sofern er ein Viertel dem Fideikommissar hinterläßt. So wird denn heute auch allgemein angenommen,[2]) daß der Fiduziar über drei Viertel ganz frei verfügen, z. B. sie auch verschenken kann.

Anders ist die Verfügungsgewalt des Vorerben bei der Nacherbeinsetzung auf den Überrest geregelt. Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird, so gilt nach § 2137 BGB. die Befreiung von allen in § 2136 BGB. aufgeführten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet. Nach § 2136 BGB. kann der Erblasser den Vorerben auch von den Beschränkungen der §§ 2113 Abs. 1, 2114 BGB. befreien. Während in § 2113 Abs. 1 bestimmt ist, daß die Verfügungen des Vorerben über ein Erbschaftsgrundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstücke beim Eintritte der Nacherbfolge insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden, sagt § 2114, daß der Vorerbe zwar eine zur Erbschaft gehörende Hypothekenforderung, Grund- oder Rentenschuld kündigen und einziehen darf, daß es aber bei anderen Verfügungen bei der allgemeinen Regel des § 2113 verbleiben soll, daß diese Verfügungen also beim Eintritte der Nacherbfolge im Falle der

---

[1]) l. 56 D. 36, 1: Titius rogatus est quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere. Quod medio tempore alienatum vel deminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non interveniendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur. Divus autem Marcus cum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis „quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas" et viri boni arbitrium inesse creditit ...

[2]) vgl. Holzschuher a. a. O. S. 959 zu 3; Puchta, Vorlesungen a. a. O. S. 506f.; Seuffert a. a. O. S. 116; v. Hammerstein-Gesmold a. a. O. S. 27f.; Westphal a. a. O. S. 1151; Hagemann, Prakt. Erörterungen Bd. 5 S. 230f. So auch Seufferts Arch. Bd. 34 S. 194 Nr. 137, Bd. 38 S. 426f. Nr. 326, Bd. 47 S. 180 Nr. 125.

Beeinträchtigung des Rechts des Nacherben unwirksam sind. Bei der Nacherbeinsetzung auf den Überrest kann daher der Vorerbe auf Grund der Befreiung von diesen Beschränkungen nicht nur Hypothekenforderungen allein einziehen, sondern über sie auch sonst frei verfügen. Nur eine Ausnahme besteht: er darf über Hypothekenforderungen nicht unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von ihm erteilten Schenkungsversprechens verfügen, es sei denn, daß die Schenkung durch eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten ist (§ 2113 Abs. 2 BGB.). Von dieser Beschränkung kann der Erblasser den Vorerben nicht befreien, da § 2136 BGB. nur eine Befreiung der Beschränkung aus dem Abs. 1 des § 2113 BGB. zuläßt.[1]) Verfügt der Vorerbe trotzdem unentgeltlich, so ist die Verfügung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Diese Unwirksamkeit tritt auch im Falle der Nacherbeinsetzung auf den Überrest ein. § 2138 Abs. 2 BGB. bestimmt zwar, daß der Vorerbe dem Nacherben zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn er der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 zuwider über einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat. Aus dieser Bestimmung darf man aber nicht, wie es Borcherdt,[2]) Eichhorn[3]) und Wilke[4]) tun, den Schluß ziehen, daß im Falle der Nacherbeinsetzung auf den Überrest dem Nacherben nur ein Schadensersatzanspruch wegen der unentgeltlichen Verfügung gegen den Vorerben gegeben sei, die Verfügung selbst aber wirksam bleibe.

Würde die von Borcherdt, Eichhorn und Wilke vertretene Ansicht richtig sein, so würde der Vorerbe bei der Nacherbeeinsetzung auf den Überrest völlig frei verfügungsfähig sein. Die Folge wäre, daß der Vorerbe auch über die Hypothekenforderung frei verfügen dürfte, und daß auf Grund seiner Verfügung eine Eintragung im Grundbuch erfolgen könnte, da sein Verfügungsrecht dann dem Grundbuchrichter leicht nachzuweisen wäre. Die Ansicht von Borcherdt, Eichhorn und Wilke ist aber nicht richtig. § 2138 Abs. 2 BGB. will die Schadensersatzpflicht des Vorerben nicht an Stelle der Unwirksamkeit der Verfügung aus § 2113 Abs. 2 BGB. eintreten lassen, sondern neben der Unwirksamkeit. Der sich aus § 2113 Abs. 2 BGB.

---

[1]) So auch Dernburg a. a. O. § 61 zu IV; Herzfelder a. a. O. Bem. 3 zu § 2136; Peiser a. a. O. S. 122; Strohal a. a. O. Bem. 2 zu § 2136.

[2]) a. a. O. 1. Aufl. S. 393.

[3]) Das Testament S. 47.

[4]) Bem. 2 zu § 2138.

für den Nacherben ergebende Schutz reicht nämlich nicht aus, weil die unter die Bestimmung des § 2113 Abs. 2 BGB. fallende Verfügung noch immer wirksam sein kann, da nach § 2113 Abs. 3 BGB. die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Während bei der gewöhnlichen Vorerbschaft ein Schadensersatzanspruch schon aus der dem Vorerben obliegenden Verwaltungspflicht (§§ 2130 Abs. 1 Satz 1, 2131 BGB.) folgt, mußte er hier dem Nacherben besonders gegeben werden, da eine Verwaltungspflicht des Vorerben bei der Nacherbeinsetzung auf den Überrest nicht besteht, weil der Nacherbe die Erbschaftsgegenstände in dem Zustande, in dem sie sich befinden, übernehmen muß.[1])

Für die Ansicht von Borcherdt Eichhorn und Wilke geben auch die Materialien nicht den geringsten Anhalt. Im Gegenteil wird in den Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches die Beschränkung des Vorerben hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen ausdrücklich hervorgehoben. Es heißt dort[2]): „Daß die Befugnis des Vorerben sich nicht so weit erstreckt, daß er auch Schenkungen vornehmen kann, wird im Anschlusse an das preuß. ALR. I, 12 § 469 ausgesprochen... Der Wille des Erblassers ist dahin auszulegen, daß dem Vorerben nur die zur Befriedigung seines wirtschaftlichen Bedürfnisses dienenden Verfügungen, nicht aber reine Liberalitätsakte auf Kosten des Nacherben freigegeben sein sollen". So nimmt denn auch die heute herrschende Meinung[3]) an, daß auch im Falle der Nacherbeinsetzung auf den Überrest die von dem Vorerben vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen nach Maßgabe des § 2113 Abs. 2 BGB. unwirksam sind.

Wenden wir nun dieses Ergebnis auf den vorliegenden Fall an, so ist bezüglich des Fiduziars zu sagen, daß er zur Verfügung[4]) über die Nachlaßhypothek berechtigt wäre, wenn die der Hypothek zugrunde liegende Forderung nicht größer wäre, als der Wert der drei Viertel des Nachlasses beträgt, da er ja über drei Viertel frei verfügen kann. Daß dies der Fall ist,

---

[1]) vgl. Strohal a. a. O. Bem. 1 zu § 2138.

[2]) Bd. 5 S. 129.

[3]) vgl. Brachvogel a. a. O. S. 75; Dernburg a. a. O.; Eck a. a. O. S. 117f.; Frommhold a. a. O. S. 152; Herzfelder Bem. 3 zu § 2138; Kuhlenbeck a. a. O. Bem. 4 zu § 2138; Meischeider a. a. O. S. 273; Peiser a. a. O. S. 94f.; Predari a. a. O. S. 638 Bem. 1 zu § 52; Strohal a. a. O. Bem. 3 zu § 2138 und Erbrecht § 28 Anm. 59.

[4]) Verfügen = aufgeben = veräußern im weiteren Sinne; vgl. oben S. 21 Anm. 1.

kann nicht ohne weiteres angenommen werden. Selbst wenn es aber der Fall sein sollte, so würde es sich noch weiter fragen, wie dies dem Grundbuchrichter, dessen Prüfungsrecht sich auch auf die Prüfung der Verfügungsmacht der beteiligten Personen zu erstrecken hat, nachgewiesen werden soll, da nach § 29 GBO. die Voraussetzungen der Eintragung, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bedürfen. Dem Grundbuchrichter müßte es aber nachgewiesen werden, daß die Hypothekenforderung zu den drei Vierteln gehört hat, über die der Fiduziar frei verfügen kann, da nachzuweisen ist, daß der zur Verfügung berechtigte Gläubiger die Löschungsbewilligung erteilt hat.

Man könnte nun daran denken, daß der Fiduziar den Vermerk in die Löschungsbewilligung aufnehmen kann, daß die Hypothekenforderung zu den drei Vierteln des Nachlasses gehört, über die er frei verfügen darf. Es ist jedoch zweifelhaft, ob dem Grundbuchrichter ein derartiger Vermerk des Fiduziars genügen würde. Denkbar wäre es aber, daß dem Grundbuchrichter durch Vorlegung von Hypothekenbriefen, die auf den Namen des Fiduziars lauten, oder durch Verweisung auf Grundbücher, in denen der Fiduziar als Eigentümer eingetragen ist, oder sonst auf andere Art die Überzeugung verschafft wird, daß die Hypothekenforderung — vielleicht auch ihrer geringen Höhe wegen — zu den der freien Verfügung des Fiduziars unterliegenden drei Vierteln des Nachlasses gehört hat. Es würde dann, da, sobald der Grundbuchrichter von der Richtigkeit einer Tatsache überzeugt ist, sie ihm auch, wie Turnau-Förster mit Recht annehmen,[1]) offenkundig ist, keines weiteren Nachweises bedürfen.

Hierauf näher einzugehen erübrigt sich indessen, da die Anwendung des Surrogationsprinzips zu dem Ergebnisse führt, daß dem Grundbuchrichter die Verfügungsbefugnis des Fiduziars nachgewiesen werden kann. Dies ist um so wertvoller, weil hierdurch zugleich über die andere in Betracht zu ziehende Möglichkeit, daß die Hypothekenforderung nicht zu den der freien Verfügung des Fiduziars unterliegenden drei Vierteln des Nachlasses gehört hat, entschieden wird.

Bestritten ist zwar, ob das Surrogationsprinzip, also der Satz pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii, überhaupt beim Fideikommiß auf den Überrest Anwendung

---

[1]) a. a. O. S. 251 zu D.

findet. So nimmt z. B. Seuffert an,[1]) daß dieser Satz keine Anwendung finde. Diese Ansicht dürfte jedoch nicht richtig sein. Einmal ergibt sich bei einer Erbschaft als einer Summe von Vermögensbestandteilen ein Wechsel der einzelnen Gegenstände infolge der langen Zeit von selbst. Dann dürfte der Wille des Erblassers auch nur dahin gehen, dem Fideikommissar diejenigen Vermögensvorteile zuzuwenden, in deren Besitz sich der Fiduziar zur Zeit seines Todes befunden hat. In der Novelle selbst fehlt zwar ein diesbezüglicher Ausspruch Justinians. Es besteht jedoch kein Anhalt dafür, daß Justinian das ältere Recht in dieser Beziehung hat ändern wollen. In den Digesten aber ist ausdrücklich bestimmt, daß der Satz pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii auch beim Fideikommiß auf den Überrest Anwendung findet. Es heißt dort (l. 70 § 3, l. 71 D. 31): Cum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse quae vendidit non videtur, sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur. Die Restitutionspflicht erstreckt sich also auch auf die Sachen, die mit dem Erlöse verkaufter Nachlaßsachen angeschafft sind. So hat auch das Reichsgericht angenommen,[2]) daß das Surrogationsprinzip bei dem Fideikommiß auf den Überrest Anwendung findet.

Hat also der Fiduziar die Hypothekenforderung bereits eingezogen, so ist das Geld an die Stelle der Forderung getreten. Der Fideikommissar kann gegen die erfolgte Einziehung keinen Einspruch erheben, da er nicht geschädigt ist. Dies ergibt sich aus der Novelle 108 Kap. 2: Si tamen quid expendat (sc. heres) et habeat, unde supplementum faciat, ex eo quarta quoque suppleatur. Der Fiduziar kann hiernach selbst das letzte Viertel verausgaben, es z. B. verkaufen oder verschenken, ohne daß der Fideikommissar hiergegen etwas machen kann, wenn der Fiduziar ihm Ersatz zu bieten vermag, da es nur darauf ankommt, daß der Fiduziar dem Fideikommissar den vierten Teil des Wertes der Nachlaßgegenstände hinterläßt.[3]) Sobald also der Fiduziar dem Fideikommissar Ersatz bieten kann, ist er frei verfügungsberechtigt. Er wird daher über eine Forderung nicht verfügen dürfen, wenn die Forderung zu dem letzten Viertel gehört und er kein anderes Vermögen besitzt, aus dem er dem Fidei-

---

[1]) a. a. O. S. 118; ebenso v. Hammerstein-Gesmold a. a. O. S. 30.
[2]) Entsch. v. 4. 4. 1882 in RGZ. Bd. 7 S. 210; ebenso auch Sintenis a. a. O. S. 744.
[3]) So auch Seuffert a. a. O. S. 116f.

kommissar Ersatz bieten kann, da nicht feststeht, daß er dem Fideikommissar wird Ersatz leisten können, weil es ja möglich ist, daß der Fiduziar dem Schuldner die Forderung unentgeltlich erläßt. Hat aber der Fiduziar trotzdem über die Forderung verfügt und ist er dadurch, z. B. weil er sie eingezogen hat, in die Lage versetzt worden, dem Fideikommissar den Wert des ihm gebührenden Viertels — einen Anspruch auf Restitution des vierten Teils der Nachlaßgegenstände hat der Fideikommissar ja nicht — zu hinterlassen, so kann der Fideikommissar gegen die Verfügung über die Forderung keinen Einspruch mehr erheben, da er nicht geschädigt ist.

Die Unterscheidung, ob die Einziehung der Forderung bereits erfolgt ist oder erst erfolgen soll, ist nun von besonderer Bedeutung, wenn die für die Forderung bestellte Hypothek in dem Grundbuche gelöscht werden soll. Ist die Einziehung noch nicht erfolgt, kann der Fiduziar somit dem Fideikommissar noch keinen Ersatz bieten, so wird der Grundbuchrichter die beantragte Löschung der Hypothek ablehnen, da der Fiduziar nicht zur Verfügung berechtigt ist, es sei denn, daß die Zustimmung des Fideikommissars zur Löschung beigebracht wird, weil durch diese Zustimmung der Fiduziar zur Verfügung berechtigt wird.[1]) Ist dagegen die Einziehung bereits erfolgt, und wird dem Grundbuchrichter nachgewiesen, daß der Fideikommissar durch das an die Stelle der Forderung getretene Geld gesichert ist, so kann die Löschung der Hypothek nicht abgelehnt werden, da dann der Fiduziar als zur Verfügung berechtigt erscheint, weil der Fideikommissar sich mit dem an die Stelle der Forderung getretenen Gelde begnügen muß. Ist aber der Nachweis geführt, daß der Fiduziar zur Verfügung berechtigt ist, so kann der Grundbuchrichter nicht noch die Zustimmung des Fideikommissars verlangen.

Die Zustimmung würde insbesondere auch nicht auf Grund des § 52 GBO.[2]) verlangt werden können. An sich ist zwar § 52 GBO. auch auf das Universalfideikommiß analog anzuwenden, denn der Ansicht des Reichsgerichts,[3]) daß sich diese Bestimmung lediglich auf das Recht eines Nacherben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche beziehe und daher auf die erbrechtlichen Verhältnisse des

---

[1]) l. 11 C. 6, 42: Quotiens ab omnibus qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem ad spirare possint, venditio celebratur aut quibusdam vendentibus alii consenterint, auctoritas contractus convelli nequaquam potest. So auch Windscheid-Kipp a. a. O. Anm. 8 zu § 665; Seuffert a. a. O. S. 124 f.

[2]) vgl. oben S. 15 Anm. 5.

[3]) Entsch. v. 20. 5. 1904 in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 1022 ff.

früheren Rechts keine Anwendung finde, kann, wie es auch die herrschende Meinung tut,[1]) nicht beigetreten werden, da der Fideikommissar sonst — diese Folge zieht das Reichsgericht selbst in seiner Entscheidung — in seinem späteren Restitutionsanspruche gefährdet würde. Selbst wenn man daher sagen könnte, § 52 GBO. sei nicht im öffentlichen Interesse, sondern nur zum Schutze des Fideikommissars gegeben, es erübrige sich deshalb seine Eintragung, wenn er darauf verzichte oder seine Zustimmung zu der Verfügung des Fiduziars gebe,[2]) so kann trotzdem auf Grund des § 52 GBO. vorliegend die Zustimmung des Fideikommissars nicht verlangt werden, weil § 52 GBO. überhaupt keine Anwendung findet, da er zur Voraussetzung hat, daß der Vorbedachte zur Verfügung über das eingetragene Recht nicht berechtigt ist.[3])

Vorliegend ist die Einziehung der Forderung bereits erfolgt, denn es handelt sich um die Löschung einer bezahlten Nachlaßhypothek. Dem Grundbuchrichter muß daher, wenn der Fiduziar als zur Verfügung über die Hypothekenforderung berechtigt erscheinen soll, nachgewiesen werden, daß die Zahlung tatsächlich erfolgt ist, und daß der Fideikommissar durch das an die Stelle der Forderung getretene Geld gesichert ist.

Kann dieser Nachweis überhaupt dem Grundbuchrichter gegenüber geführt werden? Oder kann der Grundbuchrichter mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln nicht mit Sicherheit feststellen, ob eine Zahlung tatsächlich erfolgt ist, und soll er deshalb mit der verantwortlichen Prüfung und Feststellung, ob etwa trotz der beigebrachten Quittung eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, nicht befaßt werden?

Diese Frage ist in der letzten Zeit viel erörtert worden, als es sich darum handelte, ob der befreite Vorerbe dem Grundbuchrichter den Nachweis der Entgeltlichkeit seiner Verfügungen führen könne. Die hierüber aufgestellten Ansichten gehen weit auseinander. Eine Ansicht, die z. B. Brachvogel,[4]) Dernburg,[5]) Güthe,[6]) Kempner,[7]) Jastrow,[8]) Stranz,[9]) ferner das Oberlandesgericht Dresden[10]) vertreten und früher

---

[1]) vgl. oben S. 16 zu 6—14 und S. 17 zu 1 u. 2.
[2]) So Entsch. d. RG. v. 12. 7. 1905 in RGZ. Bd. 61 S. 232.
[3]) Entsch. d. RG. v. 23. 2. 1907 in RGZ. Bd. 65 S. 219.
[4]) In Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 64ff., besonders S. 74ff.
[5]) BGB. Bd. 5 S. 183 Nr. 5.
[6]) a. a. O. S. 218.
[7]) In JurW. 1907 S. 68f.
[8]) In DNV. 1906 S. 110f.
[9]) In DJZ. 1906 S. 524f.
[10]) In DJZ. 1906 S. 1348f.

auch das Kammergericht[1]) teilte, meint, daß dem Grundbuchrichter regelmäßig zum Nachweise der Zahlung die Vorlegung der Quittung genügen müsse, und daß er nur dann einen weiteren Nachweis der Zahlung verlangen könne, wenn im einzelnen Fall Anlaß zu der Vermutung bestehe, daß die Angaben in der Quittung nicht richtig seien.

Eine andere Ansicht, die außer von Fuchs-Arnheim[2]) und Turnau-Förster[3]) vom Reichsgericht[4]) und jetzt auch vom Kammergericht[5]) vertreten wird und früher auch vom bayerischen Obersten Landesgericht[6]) geteilt wurde, hält den Nachweis der Zahlung durch Vorlegung der Quittung für nicht genügend und überhaupt mit den im Grundbuchverkehr zugelassenen Beweismitteln für nicht möglich.

Eine dritte Ansicht, deren Anhänger Peiser,[7]) Strohal,[8]) Weber[9]) und neuerdings auch das bayerische Oberste Landesgericht[10]) und das Oberlandesgericht Dresden[11]) sind, hält den Nachweis der Zahlung für zulässig, gestattet aber dem Grundbuchrichter, falls nur die Quittung vorgelegt wird, weiteren Nachweis der erfolgten Zahlung zu fordern, verlangt jedoch vorher von ihm die Prüfung, ob nicht mit Rücksicht auf die allgemein feststehenden Erfahrungssätze des Lebens, insbesondere mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten ein Zweifel an der erfolgten Zahlung ausgeschlossen ist. Diese letztere Ansicht dürfte richtig sein.

Die zuerst genannte Ansicht wird von ihren Vertretern hauptsächlich auf zwei Erwägungen gestützt. Einmal wird ausgeführt, es gebe eine Reihe von Personen, denen das Gesetz eine unentgeltliche Verfügung verboten habe. So sei der Testamentsvollstrecker nach § 2205 BGB. zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt, ebenso dürfe der Vater nach § 1641 BGB. und der Vormund nach § 1804 BGB. nicht in Vertretung des Kindes oder Mündels Schenkungen machen, ferner bedürfe

---

[1]) Beschl. v. 22. 12. 1902 in KGJ. Bd. 25 S. A 278 ff., besonders S. 281.
[2]) a. a. O. S. 445 f.
[3]) a. a. O. S. 326.
[4]) Beschl. v. 12. 7. 1905 in RGZ. Bd. 61 S. 228 ff. und v. 23. 2. 1907 in RGZ. Bd. 65 S. 214 ff.
[5]) Beschl. z. B. v. 11. 5. 1905 in KGJ. Bd. 30 S. A 261 ff. und v. 25. 10. 1906 in KGJ. Bd. 33 S. A 178 ff.
[6]) Beschl. v. 18. 3. 1905 im Recht 1905 S. 256 Nr. 1214.
[7]) a. a. O. S. 134 Anm. 139.
[8]) Bei Planck a. a. O. Bem. 3 c zu § 2136.
[9]) In DNV. 1907 S. 480 ff.
[10]) Beschl. v. 28. 12. 1906 in Seufferts Bl. Bd. 72 S. 102 ff.
[11]) Beschl. v. 21. 9. 1907 in ZBlFG. Bd. 8 S. 550 ff.

der Ehemann bei dem Güterstande der Gütergemeinschaft nach § 1446 BGB. zu einer Schenkung aus dem Gesamtgute der Einwilligung der Frau. Obwohl nun auch diese Personen unentgeltliche Geschäfte durch scheinbar entgeltliche verdecken könnten, würde von ihnen nie der Nachweis ihrer Verfügungsbefugnis gefordert, sondern es genüge bei ihnen die Vorlegung der Quittung, um die Entgeltlichkeit des Geschäfts darzutun. Da der befreite Vorerbe nicht schlechter gestellt werden könne als diese Personen, könne auch von ihm ein weiterer Nachweis der Entgeltlichkeit seiner Verfügung nicht verlangt werden.

Dann wird geltend gemacht, die in den Formen des § 29 GBO. abgegebene Erklärung der Beteiligten, daß die Hypothekenforderung, über die quittiert werde, tatsächlich durch Zahlung getilgt sei, oder daß der Verfügung ein Kaufvertrag zugrunde liege, müsse dem Grundbuchrichter genügen. Die Möglichkeit, daß eine Erklärung nur zum Schein abgegeben sei, walte bei jeder Erklärung ob. Obgleich somit auch eine Auflassung nur zum Schein erklärt werden könne, würde doch hier der Grundbuchrichter die Auflassung nie verweigern. Mit der Möglichkeit, daß eine unentgeltliche Verfügung durch eine als entgeltlich dargestellte Verfügung verdeckt werde, könne nicht gerechnet werden, da erfahrungsgemäß Grundstücke und Hypotheken nicht verschenkt zu werden pflegten.

Der Hinweis zunächst, daß der Vorerbe oder, wie vorliegend zu sagen wäre, der Fiduziar dem Testamentsvollstrecker, Vater, Vormund und Ehemann bei der Beurteilung grundbuchlicher Verfügung gleichstehe, ist nicht zutreffend. Sowohl der Testamentsvollstrecker als auch der Vater, Vormund und Ehemann handeln als Verwalter eines fremden Vermögens.[1]) Da aber der Verwalter eines fremden Vermögens nur sehr selten zum Nachteile des Herrn des Vermögens unentgeltliche Verfügungen vorzunehmen pflegt, der Vormund und der Testamentsvollstrecker sich auch strafrechtlich nach § 266 StGB.[2]) wegen Untreue verantwortlich machen, wenn sie absichtlich zum Nachteile des Herrn des von ihnen verwalteten Vermögens handeln, ist die Gefahr, daß diese Personen unentgeltlich zum Nachteile des Herrn des Vermögens verfügen, weniger groß und daher eine

[1]) vgl. Entsch. d. RG. v. 23. 2. 1907 a. a. O. S. 222f. und Strohal a. a. O.

[2]) „Wegen Untreue werden mit Gefängnis, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft: 1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen ..., wenn sie absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln ..."

andere Beurteilung ihrer grundbuchlichen Verfügungen gerechtfertigt.

Ferner dürfte auch die Erwägung, daß Scheingeschäfte nicht vermutet werden könnten, und daß deshalb dem Grundbuchrichter die Vorlegung des Kaufvertrages oder der Quittung genügen müsse, nicht richtig sein. Der Nachgesetzte soll gegen unbillige Verfügungen des Vorbedachten geschützt sein. Deshalb ist in der Novelle 108 bestimmt, daß der Fiduziar dem Fideikommissar den Wert des vierten Teils des Nachlasses zu hinterlassen habe, und in §§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB. angeordnet, daß der befreite Vorerbe nicht unentgeltlich verfügen dürfe. Beide Bestimmungen würden ihren Zweck nicht erreichen, wenn der Vorbedachte, der Fiduziar infolge des Surrogationsprinzips, sie dadurch umgehen könnte, daß er dem Grundbuchrichter eine Erklärung abgibt, die ebensogut falsch wie wahr sein kann. Schon hieraus ergibt sich, daß den Grundbuchrichter zum Schutze des Nachgesetzten eine gewisse Nachforschungspflicht treffen muß. Auf diese weist die Grundbuchordnung selbst hin, da in § 52 bestimmt ist, daß bei der Eintragung des Vorerben zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen einzutragen ist. Man kann auch nicht sagen,[1]) daß die Eintragung aus § 52 bei befreiter Vorerbschaft nur bezwecke, einen Gegenstand, über den der Vorerbe nicht verfügt habe, als zum Nachlasse gehörig kenntlich zu machen. Der Zweck der Bestimmung, daß im Falle der Eintragung des Vorerben außer dem Rechte des Nacherben auch die Befreiung des Vorerben von Amts wegen einzutragen ist, dürfte vielmehr darin liegen, dem Vorerben die Verfügung zu erleichtern, da der Dritte, der auf Grund der Verfügung des Vorerben ein Recht erwirbt, durch die Eintragung der Befreiung selbst dann geschützt werden soll, wenn dem Grundbuchrichter nicht genügend nachgewiesen werden kann, daß die Verfügung wegen ihrer Entgeltlichkeit auch dem Nacherben gegenüber wirksam ist.[2])

Somit erscheint die Ansicht, daß dem Grundbuchrichter regelmäßig die Vorlegung der Quittung zum Nachweise der Zahlung genügen müsse, nicht zutreffend. Andrerseits kann auch der Ansicht, daß der Nachweis der Zahlung mit den im Grundbuchverkehr zugelassenen Beweismitteln nicht möglich sei, nicht beigetreten werden. Diese Ansicht geht davon aus,

---

[1]) So Brachvogel a. a. O.; Cohn in JurW. 1903 S. 366; Kempner a. a. O.; Weber in DNV. 1906 S. 633ff.; ferner das OLG. Dresden in DJZ. 1906 S. 1348f. und ZBlFG. Bd. 8 S. 552f.

[2]) So auch Güthe a. a. O. S. 880; Strohal a. a. O. S. 461.

daß dem Nacherben gegenüber der Nachweis erbracht werden müsse, daß die Verfügung des Vorerben keine unentgeltliche sei,[1]) oder, wie vorliegend zu sagen wäre, daß dem Fideikommissar gegenüber der Nachweis zu erbringen sei, daß er in seinem späteren Restitutionsanspruche nicht geschädigt werde. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht richtig. Nicht dem Nachgesetzten, sondern dem Grundbuchrichter muß der Nachweis geführt werden, daß die Verfügung nicht unentgeltlich erfolgt, daß sie nicht das Recht des Nachgesetzten verletzt und deshalb auch gegen ihn wirksam ist, da dieser Nachweis erforderlich ist, um die Verfügungsbefugnis des Vorbedachten darzutun. So sagt Strohal mit Recht[2]): „Wie es bei den auf Grund der grundbuchlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers vorzunehmenden Buchungen eine Frage der Legitimationsprüfung ist, daß der Verfügung nicht eine unzulässige Unentgeltlichkeit zugrunde liegt, so handelt es sich genau um dieselbe Frage, wenn auf Grund der Verfügung des befreiten Vorerben eine äußerlich als dem Nacherben gegenüber wirksam sich darstellende Buchung angestrebt wird, nur mit dem Unterschiede, daß derjenige, mit Rücksicht auf welchen die bezeichnete Prüfung der Legitimation des Verfügenden stattzufinden hat, dort schon der gegenwärtige Herr der Erbschaft ist, während mit ihm (dem Nacherben) hier nur als deren eventuellem künftigen Herrn zu rechnen ist".

Zuzugeben ist nun zwar, daß ein absolut sicherer Nachweis der Zahlung mit den im Grundbuchverfahren zugelassenen Beweismitteln nicht geführt werden kann. Wird z. B. eine öffentlich beglaubigte Quittung dem Grundbuchrichter vorgelegt, so beweist diese nach § 416 ZPO.[3]) nur, daß der Aussteller eine diesbezügliche Erklärung abgegeben hat.[4]) Weber hat zwar die Ansicht aufgestellt,[5]) daß die öffentlichen und öffentlich beglaubigten Urkunden für den Grundbuchverkehr vollen Beweis dafür begründen, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen nicht nur abgegeben seien, sondern auch der Wahrheit entsprächen. Er begründet seine Ansicht damit, daß durch § 29 GBO. in bewußter Abweichung von den Vorschriften der Zivil-

---

[1]) So das RG. in der Entsch. v. 23. 2. 1907 a. a. O. S. 221.

[2]) a. a. O. S. 462 zu cc; vgl. auch Weber in DNV. 1907 S. 481.

[3]) „Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind."

[4]) So auch das KG. (Entsch. v. 11. 5. 1905 in KGJ. Bd. 30 S. A 261 ff.).

[5]) a. a. O. 1906 S. 647 ff. und 1907 S. 482 f.

prozeßordnung eine Beweisregel dahin aufgestellt sei, daß der Grundbuchrichter die ihm in den Formen des § 29 vorgelegten Erklärungen nicht nur für abgegeben, sondern auch für wahr zu erachten habe. Dies dürfte jedoch nicht richtig sein und sich jedenfalls aus der Grundbuchordnung nicht ergeben.

Andere Beweismittel als Urkunden, wie z. B. Zeugen oder eidesstattliche Versicherungen, kommen ferner für das Grundbuchamt, soweit es auf Antrag tätig wird, nicht in Betracht.[1]) Zwar bestimmt § 12 FGG., daß „das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen" hat. Diese Vorschrift gilt aber für Grundbuchsachen nicht, da in Art. 1 des preuß. Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit nur bestimmt ist, daß die §§ 3, 4, 6, 7, 14, 16 Abs. 2, 3, 31—33 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Landesgesetz den ordentlichen Gerichten übertragen sind, also nach Art. 1 preuß. AG. z. GBO.[2]) auch auf Grundbuchsachen Anwendung finden.

Trotzdem muß es eine Möglichkeit für den Vorerben und den Fiduziar geben, die Entgeltlichkeit ihrer Verfügungen dem Grundbuchamte nachweisen zu können. So wird es auch in den Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs als selbstverständlich vorausgesetzt, daß eine solche Möglichkeit bestehen müsse, denn es heißt hier[3]): „Ob und inwieweit der Vorerbe bei der Verfügung nachzuweisen hat, daß er nicht schenkungsweise verfüge, wird sich nach den Vorschriften der Grundbuchordnung bestimmen".

Nun fehlt zwar in der Grundbuchordnung eine solche ausdrückliche Bestimmung. Doch darf aus dem Fehlen dieser Bestimmung, worauf Strohal mit Recht hinweist,[4]) nicht der Schluß gezogen werden, daß deshalb der Nachweis der Entgeltlichkeit überhaupt unmöglich sei. Es ist nämlich nicht ersichtlich, warum nicht bei der Beurteilung der Verfügungen des Vorerben oder des Fiduziars die allgemeinen Erfahrungssätze

---

[1]) So auch Fuchs-Arnheim a. a. O. S. 24, 616; Predari a. a. O. Bem. 1 zu § 29; Turnau-Förster a. a. O. S. 176 f.; ferner das KG. (Beschl. v. 8. 10. 1900 in KGJ. Bd. 20 S. A 277 ff., 281 und v. 2. 11. 1903 a. a. O. Bd. 27 S. A 110 ff., 112).

[2]) „Die Amtsgerichte sind die Grundbuchämter für die in ihrem Bezirke belegenen Grundstücke."

[3]) Bd. 5 S. 131.

[4]) a. a. O. S. 461 zu a a.

des Lebens berücksichtigt werden sollen. Bei Verfügungen des Verwalters eines fremden Vermögens wird dies vom Reichsgericht ausdrücklich anerkannt.[1]) Dasselbe muß aber auch für den Vorerben und den Fiduziar gelten. Zwar ist bei der Beurteilung der grundbuchlichen Verfügungen dieser Personen eine größere Vorsicht geboten als bei der Beurteilung der Verfügungen des Verwalters eines fremden Vermögens.[2]) Wird aber das der Verfügung zugrunde liegende Kausalgeschäft vollständig offen gelegt, so erscheint es nicht ausgeschlossen, daß der Grundbuchrichter, wenn er auch noch die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten in Betracht zieht, zu der Überzeugung von der Entgeltlichkeit der Verfügung gelangt. Daß solche Fälle denkbar sind, wird vom Reichsgericht selbst zugegeben,[3]) wenn sie auch, wie dieses hervorhebt, überaus selten sein sollen. So hat das Reichsgericht auch folgenden Fall hierzu gerechnet[4]): Eine befreite Vorerbin hatte ein Nachlaßgrundstück um einen zum Teil bar zu zahlenden, im übrigen durch Hypothekenbestellung sicher zu stellenden Kaufpreis verkauft, gleichzeitig sich aber zur Löschung der auf dem Grundstücke für einen Dritten eingetragenen Hypothek verpflichtet. Auf Grund der Auflassung und der Eintragungsbewilligung erfolgte auch die Eintragung des Käufers als Eigentümer und die Eintragung der Restkaufgeldhypothek, dagegen wurde die auf Grund der Quittung des Dritten beantragte Löschung der Hypothek abgelehnt, weil die Hypothek nach der Quittung Eigentümergrundschuld der befreiten Vorerbin geworden sei und diese wegen der sich vielleicht doch verbergenden unentgeltlichen Verfügung der Zustimmung der Nacherben bedürfe. Das Oberlandesgericht Dresden hielt im Gegensatze hierzu einen Zweifel an der Entgeltlichkeit der Verfügung für ausgeschlossen. Ebenso erachtete auch das Reichsgericht die Löschung der Hypothek für zulässig, indem es ausführte, daß es den Fällen der Offenkundigkeit der Entgeltlichkeit einer Verfügung gleichstehe, wenn sich die Löschung, um die es sich handele, als eine im Kaufvertrage übernommene Verpflichtung darstelle.

Neuerdings hat das Reichsgericht die Zustimmung des Nacherben auch im folgenden Falle für nicht erforderlich erachtet[5]): Eine Ehefrau war von ihrem Mann als befreite Vorerbin und die Großkinder der Ehefrau als Nacherben eingesetzt.

---

[1]) Entsch. v. 23. 2. 1907 a. a. O. S. 223.
[2]) vgl. oben S. 33, 34.
[3]) Entsch. v. 12. 7. 1905 a. a. O. S. 233 und v. 23. 2. 1907 a. a. O. S. 221.
[4]) Entsch. v. 9. 11. 1907 in ZBlFG. Bd. 8 S. 554.
[5]) Entsch. v. 3. 10. 1908 in JurW. 1908 S. 683f.

Zu dem Nachlasse gehörte auch eine Darlehnshypothek. Die Vorerbin klagte gegen den Grundstückseigentümer auf Rückzahlung des Darlehns und auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Der Grundstückseigentümer wendete ein, daß die Vorerbin ohne Zustimmung der Nacherben zur Einziehung der Hypothekenforderung nicht befugt sei, und verlangte deshalb von der Vorerbin die Aushändigung der beglaubigten Einwilligungserklärung der Nacherben. Das Reichsgericht hat nun dieses Verlangen für nicht gerechtfertigt erklärt, indem es ausführt, daß von einer unentgeltlichen Verfügung nicht die Rede sein könne, wenn über die Zahlungspflicht ein kontradiktorischer Prozeß mit dem Schuldner geführt werde.

Erwähnt sei hier ferner noch ein Beschluß des Kammergerichts aus neuerer Zeit,[1]) der die Zustimmung des Nacherben für nicht erforderlich hält, wenn ein vom Erblasser für die Zeit nach seinem Tode Bevollmächtigter die Löschung einer Nachlaßhypothek bewilligt.

Man sieht also, daß die Ansicht, dem Grundbuchrichter könne der Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung nicht erbracht werden, sich konsequent gar nicht durchführen läßt und daher unhaltbar ist. Es erscheint deshalb richtig, den Nachweis der Entgeltlichkeit allgemein zuzulassen. Pflicht des Grundbuchrichters ist es, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob nicht bei Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung ein Zweifel an der Entgeltlichkeit der Verfügung ausgeschlossen ist. Kommt der Grundbuchrichter aber zu dieser Überzeugung, so hat er der beantragten Eintragung stattzugeben.

Wenden wir nun dieses Ergebnis auf den vorliegenden Fall an, so müssen wir sagen, daß die Zustimmung des Nachgesetzten nicht erforderlich ist. Es handelt sich hier um einen Geisteskranken, der als Fiduziar eingesetzt ist. Selbst wenn der Geisteskranke bereits volljährig und andrerseits noch nicht entmündigt sein sollte, so könnte er die Löschungsbewilligung doch nicht allein abgeben. Seine Willenserklärungen würden nach § 105 BGB. nichtig sein, da derjenige, der sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, nach § 104 Nr. 2 BGB. geschäftsunfähig ist. Die Löschungsbewilligung muß also immer von dem Verwalter eines fremden Vermögens ausgestellt sein. Wenn daher der Vater, falls z. B. der Großvater die Quasipupillarsubstitution angeordnet hat, oder der Vormund oder auch der Pfleger über die Bezahlung der Hypotheken-

[1]) v. 30. 3. 1908 in DJZ. 1908 S. 820 f.

forderung quittiert haben, so wird dem Grundbuchrichter nachgewiesen werden können, daß die Zahlung tatsächlich erfolgt ist. Zu berücksichtigen ist, daß hier eben der Verwalter eines fremden Vermögens über die Rückzahlung der Hypothek quittiert hat. Diese Personen nehmen aber, wie auch das Reichsgericht sagt,[1]) „erfahrungsgemäß" nur sehr selten unentgeltliche Verfügungen zum Nachteile der von ihnen Vertretenen vor. Diese Erwägung wird daher dem Grundbuchrichter die Überzeugung verschaffen, daß die Hypothekenforderung tatsächlich bezahlt worden ist. In dem gleichen Sinne führt auch das Oberlandesgericht Dresden aus,[2]) daß der Grundbuchrichter unbedenklich dann die Überzeugung von der Entgeltlichkeit der Verfügung gewinnen müsse, wenn der Vormund eines geschäftsunfähigen befreiten Vorerben mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Grundstück seines Mündels auflassen wolle. Wenn nun auch vorliegend die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich ist — diese Genehmigung erübrigt sich vorliegend, da die durch die Hypothek gesicherte Forderung bereits getilgt ist, § 1822 Nr. 13 BGB.[3]) aber nur den Fall betrifft, daß lediglich die für eine Forderung bestehende Sicherheit aufgehoben werden soll[4]) —, so kann doch der Umstand, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erteilt ist, die Erklärung des Vormunds nicht derart beeinflussen, daß nunmehr noch die Zustimmung des Nachgesetzten verlangt werden darf.

Hat aber der Grundbuchrichter die Überzeugung gewonnen, daß die Hypothekenforderung an den Fiduziar bezw. seinen Vertreter bezahlt ist, so wird er vorliegend auch weiter hieraus zu entnehmen haben, daß der Fideikommissar durch das an die Stelle der Hypothekenforderung getretene Geld gesichert ist. In Betracht zu ziehen ist hierbei, daß der Vormund, wenn eine Vormundschaft über den Geisteskranken bestehen sollte, nach

---

[1]) Entsch. v. 23. 2. 1907 a. a. O. S. 223.

[2]) Entsch. v. 21. 9. 1907 in ZBlFG. Bd. 8 S. 551.

[3]) Die Vorschriften des BGB. kommen nach Art. 210 EG. z. BGB. zur Anwendung. So auch Planck a. a. O. Bem. 4 zu Art. 210; Staudinger a. a. O. Bem. 9 vor § 1773. § 1822 Nr. 13 BGB. lautet: „Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts . . . zu einem Rechtsgeschäfte, durch das die für eine Forderung des Mündels bestehende Sicherheit aufgehoben . . . wird".

[4]) So auch Brachvogel in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 544; Fuchs-Arnheim a. a. O. S. 346; Planck a. a. O. Bem. 13a zu § 1822; Staudinger a. a. O. Bem. 2a β zu §§ 1821, 1822; Turnau-Förster a. a. O. S. 219. Ebenso das KG. in OLGRspr. Bd. 8 S. 359ff. und Bd. 10 S. 10f.; a. M. Predari a. a. O. S. 333.

§§ 1806—1811 BGB. das erhaltene Geld sofort mündelsicher anlegen muß, nachdem er hierzu die Genehmigung des nach § 1792 Abs. 2 BGB. in diesem Falle zu bestellenden Gegenvormunds eingeholt hat, daß er dem Vormundschaftsgericht über seine Vermögensverwaltung, insbesondere über den Ab- und Zugang des Vermögens, unter Beifügung der Belege Rechnung zu legen hat (§§ 1840, 1841 BGB.), daß er diese Rechnung vorher dem Gegenvormunde zur Prüfung vorgelegt haben muß (§ 1842 BGB.), und daß das Vormundschaftsgericht diese Rechnung „rechnungsmäßig und sachlich" zu prüfen hat (§ 1843 BGB.). Ebenso ist, falls der Geisteskranke noch unter elterlicher Gewalt stehen sollte, das an die Stelle der Hypothek getretene Geld nach §§ 1642, 1686 BGB. sofort mündelsicher anzulegen. Eine Anlegung des Geldes ist nun zwar in beiden Fällen nicht erforderlich, wenn das Geld „zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist" (§§ 1806, 1642 BGB.). Aber auch hieraus darf der Grundbuchrichter keine Bedenken herleiten, da ja dann der in der Novelle 108 vorgesehene Fall der eigenen Not gegeben sein würde und der Fiduziar auch das letzte Viertel verbrauchen könnte (vgl. oben S. 23 bei Anm. 1).

Kann somit dem Grundbuchrichter vorliegend nachgewiesen werden, daß die Hypothekenforderung bezahlt ist, und daß der Fiduziar durch das an die Stelle der Forderung getretene Geld in die Lage versetzt worden ist, dem Fideikommissar den vierten Teil des Nachlasses aufzubewahren, so kann damit dargetan werden, daß der zur Verfügung über die Hypothek berechtigte Gläubiger die Löschungsbewilligung ausgestellt hat. Es wird daher die Löschung der Hypothek erreicht werden können, ohne daß die Zustimmung des Fideikommissars beigebracht zu werden braucht.

Zu demselben Ergebnis kommen wir, falls es sich um eine Nacherbeinsetzung auf den Überrest handelt. Wie wir gesehen, ist der Vorerbe in diesem Falle zu allen entgeltlichen Verfügungen berechtigt. Eine entgeltliche Verfügung kommt aber vorliegend in Betracht, da es sich um eine bezahlte Nachlaßhypothek handelt. Daher ist der Vorerbe auch berechtigt, über die bezahlte Hypothek zu verfügen und die diesbezügliche Löschungsbewilligung zu erteilen. Es fragt sich daher nur, ob dem Grundbuchrichter der Nachweis der Entgeltlichkeit dieser Verfügung erbracht werden kann. Diese Frage ist auch hier zu bejahen. Der Ansicht, daß dieser Nachweis nicht geführt werden könne, ist hier noch um so weniger beizutreten, als sie dem Bedürfnisse des Verkehrs direkt widerspricht. Der Erblasser will dem Vorerben bei einer Nacherbeinsetzung auf den

Überrest eine möglichst weitgehende Verfügungsbefugnis einräumen, ihm insbesondere gestatten, über Grundstücke und Grundstücksrechte — wenn auch nicht unentgeltlich — zu verfügen. Diese Absicht des Erblassers wird aber für den Grundbuchverkehr direkt vereitelt, wenn man sagt, der Nachweis der Entgeltlichkeit könne dem Grundbuchrichter nicht geführt werden, und daher stets die Zustimmung des Nacherben verlangt. Die Folgen dieser Ansicht sind mit Recht als unhaltbar bezeichnet worden.[1]) Selbst wenn es daher tatsächlich unmöglich sein sollte, dem Grundbuchrichter den Nachweis der Entgeltlichkeit zu führen, so wäre es doch gerade die Aufgabe der Praxis, Wege zu suchen, um die Durchführung des Willens des Erblassers zu ermöglichen. So sagt das Reichsgericht durchaus mit Recht[2]): „Es mag auch zu den Aufgaben der Praxis gehören, die Mängel des Gesetzes hervorzuheben, aber ihre Hauptaufgabe bleibt doch, das Gesetz zwar mit seinen Mängeln anzuwenden, aber es nach Möglichkeit den Anforderungen, welche der bürgerliche Verkehr an das Gesetz stellt, anzupassen ...“

Wie wir bereits gesehen, ist es aber auch gar nicht richtig, daß dem Grundbuchrichter der Nachweis der Entgeltlichkeit nicht geführt werden kann. Ebenso wie der Grundbuchrichter bei den Verfügungen eines Testamentsvollstreckers oder eines andern Verwalters eines fremden Vermögens zu prüfen hat, ob der Verfügung nicht eine unzulässige Unentgeltlichkeit zugrunde liegt, und bei dieser Prüfung die allgemeinen Erfahrungssätze des Lebens zu berücksichtigen hat, so ist die Berücksichtigung dieser Erfahrungssätze auch bei der Beurteilung der Verfügungen des Vorerben zulässig. Zwar ist die Gefahr, daß der Vorerbe unentgeltlich zum Nachteile des Nacherben verfügt, größer als die, daß der Verwalter eines fremden Vermögens unentgeltlich zum Nachteile des Herrn des Vermögens verfügt. Hieraus folgt jedoch nur, daß eine größere Vorsicht bei der Beurteilung der Verfügungen des Vorerben geboten ist, es wird aber die Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Beurteilung seiner Verfügungen nicht ausgeschlossen. Der Grund zu einer verschiedenen Beurteilung der Verfügungen der genannten Personen entfällt nun ganz, wenn, wie vorliegend, die Verfügung durch den Verwalter eines fremden Vermögens, sei es den Vater oder den Vormund oder den Pfleger des geisteskranken Vorerben, erfolgt. Es ist doch schlechthin unmöglich, den Erklärungen eines Vaters oder Vormunds aus dem Grunde

---

[1]) vgl. Jastrow in DNV. 1906 S. 97ff.; Stranz in DJZ. 1906 S. 525.
[2]) Entsch. v. 27. 2. 1888 in RGZ. Bd. 20 S. 325.

weniger Glauben zu schenken, weil sie die Erklärungen als Vertreter eines Vorerben abgeben. Sagt man, wie es das Reichsgericht tut,[1]) die Erwägung, daß der Vater, der Vormund usw. Verwalter eines fremden Vermögens sind, und daß erfahrungsgemäß von solchen Personen unentgeltliche Verfügungen zum Nachteile der von ihnen Vertretenen nur sehr selten vorgenommen werden, werde den Grundbuchrichter dazu führen müssen, die Erklärungen der Beteiligten, daß die betreffende Verfügung keine unentgeltliche sei, als wahr zu erachten, so kann diese Erwägung den Grundbuchrichter zu keinem anderen Ergebnisse führen, wenn der Vater oder der Vormund der Vertreter eines Vorerben ist. Der Erfahrungssatz, daß von dem Verwalter eines fremden Vermögens unentgeltliche Verfügungen zum Nachteile des von ihm Vertretenen nur sehr selten vorgenommen werden, bleibt bestehen.

Wird so aber dem Grundbuchrichter nachgewiesen, daß die Verfügung des Vorerben nicht unentgeltlich erfolgt ist, so kann der Grundbuchrichter nicht noch die Zustimmung des Nacherben verlangen, da die Verfügung des Vorerben ja nicht unentgeltlich erfolgt ist, das Recht des Nacherben daher durch diese Verfügung nicht beeinträchtigt wird. Insbesondere würde die Zustimmung des Nacherben auch nicht auf Grund des § 41 GBO., der die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts durch den Erben des eingetragenen Berechtigten zuläßt, verlangt werden können. Selbst wenn man der Ansicht[2]) beitreten sollte, daß als Erben im Sinne des § 41 GBO. der Vorerbe und der Nacherbe zusammen zu verstehen seien und beide daher nur gemeinschaftlich die Aufhebung eines Rechts bewilligen könnten — diese Ansicht ist aber nicht richtig, weil der Vorerbe nach § 2100 BGB. Alleinerbe ist[3]) —, so verlangt doch § 41 GBO. weiter, daß das Recht des Erben durch die Eintragung betroffen wird. Diese Voraussetzung ist aber vorliegend nicht gegeben, da es sich um eine entgeltliche Verfügung handelt, der Nacherbe daher in seinem Rechte nicht betroffen wird und somit § 41 GBO. auch aus diesem Grunde auf ihn keine Anwendung findet.[4])

---

[1]) Entsch. v. 23. 2. 1907 in RGZ. Bd. 65 S. 223.

[2]) vgl. Cohn in JurW. 1903 S. 365 und Beschl. d. KG. in OLGRspr. Bd. 6 S. 323f.

[3]) So auch Brachvogel in Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 68; Fuchs-Arnheim a. a. O. S. 444f.; Güthe a. a. O. S. 784; Strohal a. a. O. Bem. 3c zu § 2136; Turnau-Förster a. a. O. S. 325; Weber in DNV. 1906 S. 613ff. und das RG. in RGZ. Bd. 65 S. 218.

[4]) vgl. Drewes in DJZ. 1903 S. 198 und Entsch. d. BayObLG. in Seufferts Bl. Bd. 72 S. 102.

Das Ergebnis ist also: Es macht keinen Unterschied, ob der Erblasser vor oder nach dem 1. 1. 1900 gestorben, die Quasipupillarsubstitution somit als Fideikommiß oder Nacherbeinsetzung auf den Überrest aufrechtzuerhalten ist. In jedem Falle wird die Löschung der Hypothek erreicht werden können, ohne daß die Zustimmung des Nachgesetzten erforderlich ist.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.